

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

DIREITO PENAL DA PERICULOSIDADE:

Aplicação aos casos de inimputabilidade por transtornos mentais

FERNANDA RAMOS RODRIGUES DUTRA DE SOUZA

Rio de Janeiro, RJ.

2020.

FERNANDA RAMOS RODRIGUES DUTRA DE SOUZA

DIREITO PENAL DA PERICULOSIDADE:

Aplicação aos casos de inimputabilidade por transtornos mentais

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. José Roberto Franco Xavier.

Rio de Janeiro, RJ.

2020

RF363d Ramos Rodrigues Dutra de Souza, Fernanda
DIREITO PENAL DA PERICULOSIDADE: Aplicação aos
casos de inimputabilidade por transtornos mentais /
Fernanda Ramos Rodrigues Dutra de Souza. -- Rio de
Janeiro, 2020.
67 f.

Orientador: José Roberto Franco Xavier.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Transtorno mental. 2. Periculosidade. 3.
Direito Penal. 4. Criminologia. 5. Escola Positiva
do Direito Penal. I. Franco Xavier, José Roberto,
orient. II. Título.

FERNANDA RAMOS RODRIGUES DUTRA DE SOUZA

DIREITO PENAL DA PERICULOSIDADE:

Aplicação aos casos de inimputabilidade por transtornos mentais

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. José Roberto Franco Xavier.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro, RJ.

2020

AGRADECIMENTOS

Ao meu irmão Alexandre Ramos pela inspiração no meu trabalho.

Aos meus pais Roberta Costa e Fernando Dutra por todo o esforço investido na minha educação.

Aos meus avós maternos, Vera Lúcia e Roberto Costa, e paternos, Maria de Lourdes e Walter Pereira, pelo apoio e motivação que me deram nessa jornada.

Ao meu noivo Pedro Agum por toda atenção, apoio e carinho antes e durante minha jornada universitária.

À minha colega de turma e amiga de coração Rachel Lana pelo apoio e amizade durante os 5 anos da graduação e por me auxiliar na elaboração final do meu trabalho de conclusão de curso.

Ao meu professor orientador José Roberto Franco Xavier pelas valiosas contribuições dadas durante todo o processo.

À Universidade Federal de Direito, UFRJ e o seu corpo docente que demonstrou estar comprometido com a qualidade e excelência do ensino.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo analisar a aplicação do direito penal da periculosidade aos casos de infratores portadores de transtornos mentais. Inicialmente, será realizada uma interlocução com o surgimento da Escola Positiva do Direito Penal, responsável por introduzir o conceito de periculosidade no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, também será observada a evolução do conceito de doença mental na Europa e no Brasil, assim como as formas criadas pelo Direito Penal brasileiro para lidar com esta parcela da população nas situações em que há criminalidade. Por fim, será questionado se a atual resposta penal nos casos de inimputabilidade por transtorno mental é a melhor solução este público.

Palavra-chave: Transtorno Mental. Inimputabilidade. Loucura. Direito Penal. Periculosidade. Escola Positiva. Criminalidade.

ABSTRACT

The present work of completion of course aims to analyze the application of the criminal law of dangerousness to cases of offenders with mental disorders. Initially, there will be a dialogue with the emergence of the Positive School of Criminal Law, responsible for introducing the concept of dangerousness in the Brazilian legal system. In addition, the evolution of the concept of mental illness in Europe and Brazil will also be observed, as well as the ways created by Brazilian Criminal Law to deal with this portion of the population in situations where there is crime. Finally, it will be asked whether the current criminal response in cases of non-accountability for mental disorder is the best solution for this audience.

Keyword: Mental disorder. Inimputability. Madness. Criminal Law. Dangerousness. Positive School. Crime.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. METODOLOGIA	11
3. ESCOLA POSITIVA DO DIREITO PENAL.....	12
3.1. Acepções sobre a Criminologia Positiva	12
3.2. Histórico da Escola Positiva do Direito Penal e criação da Criminologia Positiva.....	13
3.3. Criminologia Positiva no Brasil.....	19
3.4. Escola Positiva do Direito Penal, Criminologia e a Loucura.....	30
4. HISTÓRICO DA LOUCURA	33
4.1. Evolução da segregação sob os olhos de Foucault na História da Loucura.....	33
4.1.1. Antecedentes	33
4.1.2. Percepção da Loucura na Idade Média	35
4.1.3. A Grande Internação	37
4.2. Evolução da Psiquiatria	42
4.3. O distúrbio mental e o processo punitivo do direito brasileiro.....	45
5. CONSTRUÇÃO DO IDEAL DE PERICULOSIDADE NA LOUCURA.....	55
5.1. Transtornos mentais e o Direito hoje	58
6. CONCLUSÃO.....	63
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA.....	65

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso buscará analisar a aplicação do direito penal da periculosidade aos casos de ilícitos cometidos por pessoas portadoras de transtornos mentais.

Trata-se de um tema de vasta importância do ponto de vista jurídico e sociológico, tendo em vista se tratar de uma parcela extremamente vulnerável da população que é constantemente segregada da sociedade.

Não é de hoje que pessoas portadoras de transtornos mentais são discriminadas. Exemplo disto ocorria desde a Idade Média quando estas pessoas eram escurraçadas dos muros das cidades e, se retornassem, eram aguardadas com flechas (FOUCAULT, 1972, p. 15). No entanto, os casos mais extremos de segregação ocorrem quando estas pessoas estão inseridas em um contexto de criminalidade.

Neste sentido, pode-se observar que é intrínseco ao ser humano temer o desconhecido, aquilo que nós não conhecemos nem compreendemos. Inclusive muitas práticas costumeiras são criadas para justificar esses fatos, como as crenças e os mitos.

Ademais, viver em sociedade pressupõe a criação de padrões, sejam eles estéticos ou sociais, os quais todos nós devemos obedecer. Aqueles que não correspondem a esses padrões, veremos adiante, são automaticamente negligenciados, como o ocorreu durante a vigência da política biodeterminista de Lombroso.

Assim, sendo os transtornos mentais não correspondentes ao padrão de “normalidade” imposto e que também, muitas vezes, são desconhecidos pela população no geral, a única resposta possível de tratamento vislumbrada pela sociedade é o medo e a segregação.

O Direito, sendo uma ciência não exata que adequa sua teoria de acordo com a sociedade na qual está sendo aplicado, não poderia ter uma reação diferente desta. Sendo assim, o Direito brasileiro, principalmente na esfera penal, reflete a mesma postura de medo e segregação ao

impor a periculosidade (artigo 97, parágrafo primeiro do Código Penal)¹ ao sujeito com transtornos mentais.

No que tange a periculosidade, por esta não possuir uma definição legal, recorreu-se a definição jurídica apresentada pelo dicionário online, sendo esta definida como “*Tendência para o mal; aptidão natural para cometer um crime; reunião dos acontecimentos que podem indicar o desenvolvimento e/ou execução de um crime, geralmente, definida por ações anteriores*” (PERICULOSIDADE, 2020)².

Assim, quando o Direito Penal imputa a periculosidade a uma pessoa que era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de compreender a ilicitude do ato, ele não só está sendo negligente com uma pessoa vulnerável como também discriminatório.

Neste sentido, iremos observar que a medida de segurança, resposta penal para o caso descrito acima, é uma medida desigual para garantir os interesses deste grupo de pessoas. Afinal, o princípio constitucional da isonomia garante um tratamento desigual para pessoas desiguais.

Contudo, um questionamento relevante seria: por mais acertada que seja a decisão de garantir um tratamento desigual para este grupo de pessoas, pressupor uma periculosidade prévia como base para a resposta estatal aos casos de criminosos com transtornos mentais não seria um ponto de partida discriminatório?

Desta forma, este trabalho de conclusão de curso buscará entender o surgimento do direito penal da periculosidade, cotejando principalmente com as consequências trazidas pela Escola Positiva do Direito Penal para a legislação penal atual, tendo em vista que esta foi responsável por introduzir o critério da periculosidade no ordenamento jurídico.

¹ Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#)) § 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

² PERCISULOSIDADE. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/periculosidade/>. Acesso em: 11/10/2020

2. METODOLOGIA

A metodologia aplicada neste trabalho de conclusão de curso consiste na leitura de artigos acadêmicos e livros de autores renomados na área da Criminologia, Direito Penal e Loucura, como Eugenio Raúl Zaffaroni, Michael Foucault, Nilo Batista, dentre outros.

A pesquisa foi realizada por meio da procura de tópicos, relacionados ao tema em análise, em plataformas de pesquisa acadêmica, como o Google Acadêmico e na *Scientific Eletronic Library Online – Scielo*.

Os tópicos pesquisados nas citadas plataformas foram: periculosidade, transtorno mental, inimputabilidade e direito penal brasileiro.

3. ESCOLA POSITIVA DO DIREITO PENAL

3.1. Acepções sobre a criminologia positiva

Foucault questiona em seu livro *Vigiar e Punir* qual seria o papel das prisões na penalidade moderna. Logo conclui que as práticas disciplinares próprias da prisão, ou “práticas prisionais” como chama Alvarez (1996, p. 34), possuem um alcance muito maior do que o mero espaço do cárcere privado. Tal movimento, que constitui a “tecnologia do poder” (ALVAREZ, 1996, p. 34), se espalha pela sociedade, criando a “sociedade disciplinar”, ou como afirma Alvarez, “uma sociedade permeada por uma rede de instituições e práticas do poder disciplinar” (ALVAREZ, 1996, p. 34).

Inclusive, o surgimento da criminologia, apesar de estar marcada pelo direito penal positivo, tem sua essência anterior a ele, visto que, conforme Zaffaroni (2010, p.141), sempre houve a necessidade de uma justificativa por parte da ciência criminal de onde surgiria o fenômeno do crime. Todavia, antes esta resposta estava atrelada à filosofia ou à religião, apenas a partir do século XVIII que houve o envolvimento da biologia, psicologia ou da sociologia.

Afirma Alvarez, ao questionar o papel da criminologia ao ser inserida à lógica jurídica clássica, que esta ciência, assim como a psiquiatria e a antropologia criminal, introduz novos conhecimentos às análises jurídicas, permitindo a avaliação não só do ato ilícito em si, como também da natureza do criminoso, do seu comportamento e a sua conduta perante o que se espera de uma pessoa “normal”.

Assim, de acordo com o conceito de Zaffaroni (2010, p. 140) a criminologia seria “a disciplina que estuda a questão criminal do ponto de vista biopsicossocial, ou seja, integra-se com as ciências da conduta aplicadas às condutas criminais”.

Neste ponto, Vera Malaguti chama a atenção para a forte influência que o saber psiquiátrico teve para a criação da criminologia, ao afirmar que:

O positivismo criminológico que se instaura na segunda metade do século XIX é produto direto dos saberes psi desenvolvidos a partir do grande internamento do

século XVIII: aquele olhar que só poderia provir do poder médico exercido dentro dos muros da prisão, do manicômio e do asilo. (MALAGUTI, 2011, p. 51).

Assim, Alvarez demonstra, a partir da visão de Foucault em *Vigiar e Punir*, que a criminologia, juntamente com a psiquiatria, passaram a desempenhar um papel importante nas mudanças no poder de punir a partir do século XIX. Introduzindo critérios de avaliação da normalidade do criminoso e modificando o processo de punição a partir da prescrição de medidas de tratamento e recuperação do criminoso. Exemplificando tais mudanças, (ALVAREZ, 1996, p. 40) aponta os desdobramentos da loucura na legislação francesa, brevemente descritos por Foucault em *Vigiar e Punir*.

No código francês de 1810, a loucura não estava incluída na prática dos tribunais, de forma que a loucura e o crime se excluíam, havendo demência, não haveria crime. Aqui, o exame mental do criminoso era elemento externo à sentença. Contudo, a evolução de 150 anos na jurisprudência francesa mostra que o indivíduo poderia ser culpado e louco ao mesmo tempo.

Afirma Alvarez que:

[...] a perícia psiquiátrica, chamada inicialmente para estabelecer a medida da participação da liberdade individual no ato criminoso, acabou por instalar-se em todo o processo penal ao avaliar permanentemente o comportamento do indivíduo e sua possibilidade de cura e recuperação, ganhando com isso o poder psiquiátrico novas funções de controle social (ALVAREZ, 1996, p. 40).

3.2.Histórico da Escola Positiva do Direito Penal e criação da Criminologia Positiva

Alvarez, ao iniciar o histórico da criminologia moderna na Europa, aponta que esta surgiu a partir dos ensinamentos de Cesare Lombroso (1835 - 1909), também conhecido por ser o principal defensor da Escola Positiva a partir do século XIX (ALVAREZ, 1996, p. 42).

Este foi responsável por rejeitar uma definição estritamente legal do crime, como abordava a Escola Clássica, e deslocar o objeto de conhecimento do crime para o criminoso. Importante a observação de Alvarez acerca deste momento em que

[...] o desvio de comportamento em relação as normas pode se sobrepor à violação da lei penal enquanto objeto das práticas penais, o que torna possível uma nova fundamentação do direito de punir e uma ampliação das práticas de controle social voltadas para o crime e a criminalidade (ALVAREZ, 1996, p. 43).

Lombroso, médico influenciado pelas teorias materialistas, evolucionistas e positivistas, tornou-se reconhecido pela teoria de que o criminoso era predeterminado ao crime por possuir características biológicas que o condicionavam a criminalidade. Sua teoria foi conhecida como o “criminoso nato”, apesar deste termo ter sido cunhado por Henrrico Ferri.

Construiu sua teoria com base em diversos dados antropomédicos, de forma que o criminoso apresentaria diversas características físicas e mentais, consideradas primitivas, que comprovariam que o indivíduo estaria hereditariamente destinado ao crime.

Neste sentido, afirma Vera Malaguti, ao citar Alessandro Baratta, que a escola positiva procurou uma justificativa patológica da criminalidade, de forma que “essas teorias patologizantes trabalham as características biopsicológicas dos ‘criminosos’; a humanidade passa a sofrer um grande corte entre normais e anormais” (MALAGUTI, 2011, p. 44).

Dentro deste corte, Zaffaroni (2010, p. 256) aborda a escola positiva como uma tentativa do capitalismo incipiente de se consolidar no poder, de forma que a sociedade estaria dividida entre aqueles que nasceram aptos a governar e prosperar e aqueles que nasceram para delinquir e viver na miséria.

Assim, com o intuito de identificar quais seriam as características das pessoas mais propensas a delinquir, o primeiro passo seria observar as características daquelas pessoas que já delinquiram, ou seja, os criminosos. Desta forma, o melhor lugar para realizar sua pesquisa empírica foram os presídios e os manicômios, instituições estas que hoje sabemos, conforme afirma Zaffaroni (2010, p. 259), que “são instituições de controle social que selecionam sua clientela dos mesmos estratos sociais”.

O que não foi levado em consideração por Lombroso ou nenhum dos outros criminólogos positivistas foi a diferença entre criminalização e criminalidade, sendo a primeira sinônimo de incriminação, ou seja, tornar uma conduta criminosa, e a segunda é a delinquência em si. Os criminólogos positivistas assumiam que todos que estavam no presídio eram criminosos e somente eles, sendo um dos primeiros erros de pesquisa cometido por esta linha de pensamento.

Sua linha de pesquisa apontava que o criminoso era um ser bárbaro, que não evoluiu, sendo considerado atávico³. Seu maior defeito estaria na moralidade, então Lombroso considerava-o como um “anormal moral”.

Assim, o direito de castigar não era simplesmente uma forma de punir o indivíduo que praticou o ato criminoso, mas sim a conservação da sociedade. Aqui, na Escola Positiva, a pena teria duas funções: o tratamento, por meio do qual os médicos seriam capazes de “curar” o criminoso, e a proteção social por meio da ressocialização deste criminoso ou, se não fosse possível, apenas o seu afastamento da sociedade.

Lombroso considerava o criminoso, ou pelo menos aquele que ele chama de delinquente nato, como um doente moral, tendo em vista ter nascido desta forma. Assim, a sua segregação da sociedade deveria ocorrer antes mesmo de ter cometido o delito, como tentativa de conter a criminalidade hereditária, havendo, assim, um discurso muito semelhante ao que era utilizado para pessoas loucas de outras causas.

Outros nomes também foram importantes precursores da Escola Positiva na Europa, dentre eles estavam Raffaele Garofalo e Enrico Ferri. O primeiro, magistrado e influenciado pelo darwinismo social e por Hebert Spencer, foi responsável por representar a vertente jurídica do positivismo italiano.

Sua linha de pesquisa apresenta fortes traços jusnaturalistas e platônicos, introduzindo, assim, o conceito de “delito natural”, ou seja, uma tentativa de encontrar uma forma de conduta delitiva original.

³ A delinquência era, pois, para Lombroso, um fenômeno atávico: o delinquente era uma *specie generis humani* diferente. Tal era a teoria lombrosiana do delinquente nato, que combinou depois com as da “loucura moral” e a “epilepsia larvada”. A origem era atribuída ao descobrimento de uma terceira fossa occipital (“pequena cavidade occipital média”) no crânio de um famoso delinquente, que corresponderia a um terceiro lóbulo, que existe nos mamíferos superiores mas não no homem. Toda a sua antropologia dedicou-se a buscar caracteres animais nos delinquentes: orelhas em asas, testa “inclinada”, baixa sensibilidade à dor (à qual atribui a grande difusão de tatuagens) etc. (ZAFFARONI, 2010, p. 258).

A ideia por de trás deste conceito seria afastar a noção de delito do Direito, pois este torna o conceito muito engessado. O problema aqui é que, ao tentar se afastar do Direito, Garofalo se aproxima muito da moralidade.

Além disso, ao tentar indicar uma conduta que sempre tenha sido tida como criminosa, nota que seria impossível nomear o tal “delito natural”, encaminhando-se para uma via mais irracional de pesquisa: análise dos sentimentos de piedade (ou justiça) e probidade (ZAFFARONI, 2010, p. 262).

Neste sentido, o delito sempre constituiria uma maneira de violação de algum desses dois sentimentos, de forma que Garofalo conseguiria, assim, desenvolver a sua teoria do “delito natural”.

O problema central, como afirma Zaffaroni (2010, p. 262), seria que Garofalo estaria se encaminhando para o etnocentrismo ao fazer uma análise mais voltada para a moralidade. Ainda, Zaffaroni traz a observação de que a visão de Garofalo não estava isenta de preconceitos, ao apontar que, na visão de Garófalo,

[...] as culturas que não compartilham das pautas valorativas europeias eram ‘tribos degeneradas’ que se apartavam da ‘reta razão’ dos povos superiores da humanidade, e que significavam para esta que os delinquentes são para a sociedade, ou seja, ‘seres inferiores e degenerados’ (ZAFFARONI, 2010, p. 262).

Suas teorias beiravam tanto o absurdo que, de acordo com as evidências trazidas por Zaffaroni (2010, p. 263), seus ideais teriam sido utilizados posteriormente como embasamento para o holocausto na Alemanha. Afirma que, para Garofalo, “a lei segregatória e eliminatória dos delinquentes cumpriria na sociedade a função que os darwinistas atribuíam à seleção natural” (ZAFFARONI, 2010, p. 263).

Outro fundador da teoria positivista na Europa foi Enrico Ferri, professor de direito penal, criador de sua principal obra *Sociologia Criminal* (1884). Outro marco relevante foi a sua participação como presidente da comissão que criou o “Projeto Ferri” para o Código Penal italiano em 1921. Em 1930, aprovou o “Projeto Rocco”, sendo este sancionado como o Código Penal da Itália, persistindo até hoje, apenas com poucas modificações.

Ferri defendia o conceito “plurifatorial de delito”, ou seja, que fatores sociais também teriam relevância no estudo do crime, juntamente com fatores físicos e individuais, ao contrário do que afirmava Lombroso e Garofalo. Ele dividia os criminosos em cinco classes distintas: criminosos natos, criminosos insanos, criminosos passionais, criminosos ocasionais e criminosos habituais.

Sua insistência em uma abordagem sociológica do Direito Penal fez alguns autores concluírem que ele reduziu sociologicamente o Direito Penal, sendo este absorvido pela Sociologia (ZAFFARONI, 2010, p. 259).

Em sua abordagem, Ferri não levava em consideração se o delinquente seria ou não um degenerado, devendo ser responsabilizado pelo seu crime independente de sua natureza, simplesmente por viver em sociedade. Aqui está a ideia de que a função do direito seria a “defesa social” apenas por vivermos em sociedade (ZAFFARONI, 2010, p. 259).

Outro ponto interessante e curioso apresentado por Zaffaroni (2010, p. 260) seria que o termo *Escola Clássica* do Direito Penal foi cunhado por Ferri para se referir a todos os demais pesquisadores que não concordassem com os ideais positivistas. Assim, afirma:

Com efeito: *o que ocorreu foi um enfrentamento entre a concepção biológica do homem – sustentada pelo positivismo – e as distintas concepções filosóficas do homem – sustentadas por seus opositores*. Para a concepção biológica, o homem não é mais que um puro produto da evolução, ou seja, um animal na escala zoológica. Todas as outras correntes tratam de dar ao homem uma hierarquia particular, caracterizando-o por algo, ainda que estejam em total desacordo acerca da caracterização. (ZAFFARONI, 2010, p. 260 e 261).

Assim, Lombroso, Garofalos e Ferri foram os nomes responsáveis por introduzirem o movimento conhecido como “escola positiva” ou “escola italiana” do direito penal e que também definiram a criminologia como ciência responsável pelo estudo do homem delinquente.

Apesar de defender teorias absurdas, baseadas em dados inconsistentes e em comportamentos discriminatórios, as teorias da Escola Positiva influenciaram um grande número de pessoas, extrapolando, inclusive, os meios acadêmicos.

Tal fenômeno ocorreu, conforme Alvarez, pela possibilidade de identificação precisa e objetiva do indivíduo criminoso, com base em aspectos físicos, de forma que agradava às elites locais responsáveis por estabelecer novas formas de controle social.

A partir dos ensinamentos que emergem da escola positiva e da criminologia no século XIX, é possível observar a criação de uma nova doutrina penal, inclusive com tendências que irão influenciar no atual direito penal.

Ao contrário da doutrina clássica, que impunha a pena como castigo, a responsabilidade individual ou a legalidade estrita, a influência da doutrina penal positiva pode ser percebida na utilização da pena como instrumento de defesa social ou na sua individualização, sendo aplicada conforme o indivíduo.

Apesar de nosso atual Código Penal seguir majoritariamente a escola clássica, temos alguns normativos do atual direito penal, como a liberdade condicional ou a análise das características do indivíduo para dosimetria da pena no artigo 59 do Código Penal brasileiro, que são influenciados pela teoria do tratamento diferenciado dos criminosos de Lombroso.

Visto que em ambos os institutos penais encontramos critérios de avaliação subjetivos, baseados tanto na personalidade do agente, como em seus atos, de modo que a aplicação destes institutos varia de acordo com a pessoa. Exemplificando, tem-se no artigo 83 do Código Penal a menção ao “bom comportamento” do condenado para a concessão do livramento condicional, ou a escolha dos critérios de avaliação da “conduta social, da personalidade do agente e dos motivos” para o cálculo da pena, no artigo 59.

Contudo, apesar do que parecem ser aspectos positivos no atual direito penal, também são reflexos de um maior controle sobre os prisioneiros, de forma que não importaria, ou importaria com menor grau de relevância, o ato criminoso em si. O comportamento do criminoso importa mais do que o crime, assim como ocorre no caso do inimputável em cumprimento de medida de segurança.

Inclusive, a própria medida de segurança (artigos 96 até 99, Código Penal), apesar de não ter sido criada diretamente por juristas da escola positiva, é uma clara influência desta

Escola, de forma que o principal objetivo implícito é proteger a sociedade contra a periculosidade do agente considerado louco. Ela pode estar revestida de um falso ideal de tratamento destes indivíduos, quando nada mais é do que uma medida de defesa social.

Uma justificativa para isso seria a disposição legal de um tempo mínimo para o indivíduo permanecer cumprindo sua medida de segurança, mas a ausência de disposição legal, tendo apenas entendimento sumulado acerca do tempo máximo para o indivíduo permanecer internado.

3.3.Criminologia Positiva no Brasil

A abolição da escravidão em 1888 foi o primeiro passo para os problemas que irão assolar a Primeira República no Brasil. Anterior a isso, a Lei do Ventre Livre de 1871 já marca o primeiro movimento de intervenção do Estado na constituição do trabalho assalariado, assim como também marca as primeiras iniciativas por parte da elite local para realizar a transição entre o trabalho escravo e o trabalho assalariado.

Neste momento, uma das principais preocupações seria o papel do negro na sociedade, pois durante o Império, tirando casos de violência individual, o escravo era considerado a principal ameaça a ordem social (ALVAREZ, 1996, p. 54). Preocupação esta que irá persistir, podendo ser observada, no início do século XX, com as perseguições à população negra e seus costumes, como a capoeira, a religião africana, etc.

Tal momento foi particularmente turbulento, porque não só era necessário lidar com as consequências econômicas da transição para o trabalho livre, como também era necessário lidar com a rejeição da população em relação ao trabalho assalariado e as incertezas da elite local acerca da capacidade produtiva do trabalhador nacional.

Neste sentido, era urgente a necessidade de se reavaliar as formas de coerção institucional para cuidar da população revolta, além disso, também era fundamental estabelecer qual seria a principal mão de obra adotada para suprir as incapacidades do trabalhador nacional.

Para suprir esta incapacidade, optou-se pela imigração em massa de trabalhadores europeus, o que resolveria o problema econômico, mas traria outros problemas de cunho social. Sendo assim, a nova dinâmica social composta pelo imigrante europeu, pelo negro livre e pelas novas camadas médias emergentes nos grandes centros urbanos, como Rio de Janeiro e São Paulo, criam a necessidade de novos mecanismos para lidar com os problemas advindos destes novos extratos sociais.

Dentro deste novo panorama, temos um grande deslocamento populacional do campo para as cidades, tornando estas incapazes de absorver toda a mão de obra desempregada. Como consequência, teremos um grande contingente populacional sem emprego ou mal remunerado, tendo péssimas condições de trabalho, tornando-se, assim, o novo centro de atenção por parte das elites metropolitanas e da polícia local.

Tais fatos aliados ao crescimento industrial fará com que boa parte desta mão de obra seja aproveitada nas indústrias, também em péssimas condições de trabalho. Surge, assim, o proletariado industrial.

A partir deste momento, já no início do século XX, diversas revoltas caracterizam o cenário nas grandes cidades. O descontentamento da população marginalizada pelos governantes toma conta do Rio de Janeiro e São Paulo, pois as intervenções praticadas pelo governo apenas aumentavam a desigualdade social presente nas cidades. Juntamente a isso, o índice de criminalidade estava aumentando nos centros urbanos, reflexo de todo o descontentamento social com as novas reformas e falta de auxílio para as populações mais pobres.

Dado o aumento considerável das metrópoles urbanas na Europa no século XIX e no Brasil a partir do século XX, uma preocupação que assolava as elites locais era o crescimento exponencial da criminalidade no meio urbano. O crime então passa a ser visto como uma constante no meio urbano, sendo associado cada vez mais à pobreza e às precárias condições da nova classe operária emergente.

A partir desta preocupação, aponta Alvarez que a associação entre as transformações ocorridas no meio urbano e o perfil da criminalidade passa a ser um ponto focal de estudo por

parte dos juristas, principalmente no Rio de Janeiro e em São Paulo. Questiona-se, então, se o progresso da sociedade metropolitana está associado ao aumento da criminalidade, ou se esta também está associada a um segmento específico da população.

Ademais, outra preocupação relevante neste momento foi o aumento da diversidade racial no final do século XIX e início do século XX, devido ao grande fluxo migratório para solucionar o problema da falta de mão de obra assalariada no Brasil. A maior preocupação seria que o Brasil não estaria apenas recebendo trabalhadores, mas também pessoas de todos os tipos e caráter, ou seja, o bom trabalhador, mas também o criminoso, o socialista, o anarquista e etc.

Neste sentido, Alvarez traz as acepções do senador Paulo Egídio ao redigir sobre a sociologia criminal no início do século XX, afirmando o seguinte:

“Sujeitando-se [...] a receber em sua plagas o bom e o mau, o trabalhador e o inerte, o homem de bons costumes e o homem de maus costumes, o camorrista, o socialista e o niilista. É portanto, muito natural que neste país, e nesta parte do país brasileiro, a onda criminal cresça e se avolume e a criminalidade infantil também recrudesça” (ALVAREZ, 1996, p. 65 apud Senado, 1902, p. 152).

Como bem afirma Zaffaroni (2010, p. 258) em seu *Manual de Direito Penal – Parte Geral*:

Os marginalizados da Europa vieram para a América Latina, e os próprios estudos europeus, que explicavam a inferioridade de seus marginalizados, serviram aqui para o controle social destes imigrantes, quando sua conduta revelava-se perigosa para os setores hegemônicos nacionais. Em nossos países de imigração, também estes indivíduos lotaram nossas prisões.

Neste mesmo sentido, afirma Vera Malaguti, também citando Zaffaroni, que o Brasil juntamente com a América Latina tornaram-se, com a chegada do positivismo, em uma gigante instituição de sequestro, ou seja, a “concentração de povos ‘degenerados’ e indesejáveis: africanos, índios, judeus, mouros e criminosos natos da Europa” (MALAGUTI, 2011, p. 46).

Outro ponto trazido por Alvarez em seu texto acerca dos problemas advindos do movimento migratório é a convivência entre as diversas raças e as possíveis consequências jurídico-penais para combater a criminalidade. Tais consequências são colocadas, pois tentava-se distinguir a criminalidade por critérios raciais, o que se tornou difícil com a consequente

miscigenação da população nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo (ALVAREZ, 1996, p. 27).

Neste ponto, a criminologia positiva torna-se essencial para tentar compreender o problema da criminalidade e do homem criminoso, de forma a viabilizar os mecanismos de controle social necessários para o combate da criminalidade local.

Todo este contexto aqui tratado ocorre sob a vigência do Código Penal de 1890, criado logo após a instauração da República. Contudo, apesar da recente inauguração da legislação penal, este Código não foi bem recebido pelos juristas a época, pois alegava-se que o mesmo possuía muitos dispositivos jurídicos-penais clássicos, sendo assim considerado como arcaico, de forma que não acompanhava as recentes mudanças no cenário europeu do Direito Penal.

Tal concepção acerca do Código Penal de 1890, sob o ponto de vista de Zaffaroni (2010, p. 192), era errônea, pois o código de Baptista Pereira, apesar de não estar de acordo com a nova ideologia positivista advinda da Europa, possuía “sensível avanço sobre o texto do código imperial”, tornando mais simples o sistema de penas em relação ao código imperial.

Toda essa insatisfação gera uma tensão que percorre toda a Primeira República. O principal desafio seria como adaptar os novos moldes jurídicos-políticos em destaque em todas as nações civilizadas, institucionalizando o ideal de igualdade, se a sociedade brasileira, naquele momento de pós escravidão e um grande deslocamento migratório, encontrava-se completamente desigual.

O Código Penal de 1890 com toda a sua lógica clássica de controle social a partir da imposição da generalidade e imparcialidade dos critérios penais, não estava apto para o novo contexto político-social em que predominava a desigualdade no Brasil. O novo movimento jurídico-penal demandava o “tratamento desigual para os desiguais”, e não a extensão de uma igualdade para a toda a população.

Assim, a introdução da criminologia advinda dos ideais positivistas representa, como afirma (ALVAREZ, 1996, p. 74), “a possibilidade simultânea de compreender as transformações pelas quais passava a sociedade, implementar estratégias específicas de controle

social e estabelecer formas diferenciadas de tratamento jurídico-penal para determinados segmentos da população”.

Desta forma, a criminologia serviu de veículo para as novas teorias do direito penal positivo de Lombroso, de forma a se dedicar ao estudo do criminoso e não do crime, evidenciando-o como indivíduo anormal, seja pelo aspecto biológico, social ou moral.

Um dos primeiros juristas brasileiros a se mostrar atento às novas teorias criminais de Lombroso foi Vieira de Araújo (1844-1922), conforme demonstra em seu livro *Ensaio de Direito Penal ou Repetições Escritas sobre o Código Criminal do Império do Brasil*, publicado no ano de 1884 (ALVAREZ, 1996, p. 75).

Vieira de Araújo será responsável pela divulgação dos estudos de Lombroso para o mundo jurídico acadêmico de Recife, assim como também será responsável pela divulgação, por meio da publicação de artigos em revistas jurídicas, da escola positiva no Rio de Janeiro, atual capital do Brasil no final do século XIX.

Contudo, Vieira de Araújo não será o único pioneiro na divulgação dos estudos de Lombroso no país, sendo também atribuído a Tobias Barreto este mérito. Ele também aborda a nova teoria criminal em seu livro *Menores e Delinquentes*, publicado igualmente em 1884.

Todavia, apesar de seu interesse pelo novo direito penal, sua abordagem não é totalmente de acordo, apresentando algumas discordâncias sobre alguns extremos apresentados por Lombroso (ALVAREZ, 1996, p. 75).

Nesta mesma linha, Nina Rodrigues (1862-1906), médico legista e psiquiatra, foi o fundador da antropologia criminal no Brasil. Dentre seus feitos, destacou-se por ser o responsável pelo “exame craneométrico” do famoso revolucionário na guerra de Canudos, Antonio Conselheiro.

Assim como Tobias Barreto, era adepto da nova escola do direito penal positivo, mas questionava alguns pontos da teoria de Lombroso. Dentre seus questionamentos, os mais relevantes estavam associados justamente ao célebre criminoso Antonio Conselheiro. Como

afirma (MACHADO, 2005, p. 83, apud Nina Rodrigues, 1901, p.131 e 133): “O craneo de Antonio Conselheiro não apresentava nenhuma anomalia que denunciasse traços de degenerescência: é um craneo de mestiço onde se associam caracteres anthropologicos de raças diferentes”.

Assim, apesar do que afirmava Lombroso acerca de características atávicas que criminosos apresentavam, Nina Rodrigues conclui que não necessariamente esta constatação seria verídica.

Seu único diagnóstico seria que Antonio Conselheiro sofreria de delírio crônico, com base nos dados de seu histórico familiar e seus antecedentes hereditários. Ademais, o episódio de Canudos possibilitou que Nina identificasse o que ele chamaria de “loucura das multidões”, baseando-se nas características da população local e na crise social e religiosa que acometia Canudos (MACHADO, 2005, p. 83).

Outro episódio marcante na carreira de Nina Rodrigues foi a análise do crânio do bandoleiro Lucas Feira. Negro e escravo, ele foi acusado de múltiplos assassinatos, roubos e estupros, tendo confessado todos os seus crimes. Contudo, mais uma vez, Nina não encontrou nenhuma anomalia craneana que indicasse que esta pessoa fosse predeterminada a ser criminosa, concluindo que: “Na minha opinião, é preciso somente completar, em Lucas, o estudo physico do criminoso com seu estudo psicologico” (MACHADO, 2005, p. 84 apud Arthur Ramos, 1895, p. 158).

Outro ponto observado por Nina durante a análise psicológica de Lucas foi que ele apresentou um comportamento extremamente generoso ao não delatar seus cúmplices durante o interrogatório. Tal comportamento contradiz os estudos de Lombroso que indicam que criminosos agindo em associação tendem a delatar uns aos outros para atenuar seus crimes (MACHADO, 2005, p. 84).

Assim, concluiu Nina Rodrigues que a condição criminosa de uma pessoa não está relacionada à aspectos hereditários e biológicos, mas sim à sua raça e cultura. Para Nina, a delinquência de Lucas estaria relacionada à “tendência sanguinária dos negros” e ao fato de que “Lucas é bem criminoso para nós brasileiros, que vivemos sob a civilização européia. Na

África, ele teria sido, ao contrário, um valente guerreiro um rei afamado” (MACHADO, 2005, p. 84 apud Arthur Ramos, 1895, p. 162-163).

Com base em seus estudos associando raça a criminalidade no Brasil, Nina Rodrigues conclui que um sistema penal fundamentado em livre arbítrio é incoerente, baseando-se, para isto, em três premissas: raças antropologicamente distintas teriam uma “criminalidade própria”, conforme seu desenvolvimento moral e intelectual; cada uma dessas raças passaria por fases de evolução distintas, sendo impossível esperar uma evolução drástica de uma geração para outra; e, por fim, conclui que só poderíamos utilizar o livre arbítrio como base da responsabilidade penal em uma sociedade homogênea (MACHADO, 2005, p. 84 apud Nina Rodrigues, 1894, p. 50-51).

Desta forma, Nina Rodrigues questionava o seguinte:

Pode-se exigir que todas estas raças distintas respondam por seus actos perante a lei com igual plenitude de responsabilidade penal? Acaso, no celebre postulado da escola clássica (...), se pode admitir que os selvagens americanos e os negros africanos, bem como os seus mestiços, já tenham adquirido o desenvolvimento physico e a somma de faculdades psychicas, suficientes para reconhecer, num caso dado, o valor legal do seu acto (discernimento) e para se decidir livremente a commettel-o ou não (livre arbítrio)? – Por ventura pode-se conceder que a consciência do direito e do dever que teem essas raças inferiores seja a mesma que possui a raça branca civilizada? (MACHADO, 2005, p. 84 apud Nina Rodrigues, 1894, p. 111-112)

Assim, Nina Rodrigues classifica a responsabilidade penal de acordo com a separação dos “mestiços brasileiros”: existiria um grupo de mestiços “superiores”, que possuiriam uma predominância da “raça civilizada” e, por isso, deveriam ser julgados como responsáveis; outro grupo de “mestiços evidentemente degenerados” que, em razão de seu desenvolvimento mental e moral, deveriam ser considerados irresponsáveis; por fim, haveria os “mestiços comuns” que seriam “superiores às raças selvagens”, mas ainda se encontrariam na eminência de cometer ações antissociais, logo, deveriam ter responsabilidade atuada (MACHADO, 2005, p. 86 apud Nina Rodrigues, 1894, p. 168).

Concluindo, afirma que o dilema proposto pelos criminalistas clássicos entre a preservação do princípio do livre arbítrio e a segurança social é falso, pois na realidade crimes culposos ou involuntários não são munidos de livre arbítrio, mas são passíveis de punição pelo Código Penal da época. Isto não significa que Nina Rodrigues seja adepto da escusa de pena

para crimes cometidos pelas raças inferiores (aqueles considerados irresponsáveis), pois sempre iria prevalecer o princípio da garantia da ordem social (MACHADO, 2005, p. 86).

Outros autores, discípulos de Viera de Araújo, Tobias Barreto e Nina Rodrigues, também foram peças essenciais para a difusão dos ideais positivistas no Brasil, de forma que serão destacados apenas aqueles mencionados por Alvarez que abordam questões que tangenciam o tratamento jurídico da loucura.

O primeiro deles foi Viveiros de Castro, reconhecido por propor reformas em determinados campos no sistema penal clássico que ainda persistiam a época. Suas principais críticas foram voltadas para existência do júri leigo no sistema penal, pois, de acordo com ele, seria inadmissível a presença de pessoas desprovidas de conhecimentos técnicos para julgar questões de alçadas de especialistas, de forma que não defendia a retirada desta modalidade do campo penal, apenas a limitação de seu poder de decisão (ALVAREZ, 1996, p. 66).

Outro ponto de crítica do autor, de certa forma até avançado para época no que tange os crimes contra dignidade sexual, seria a existência da ação penal privada. Defende que, se o ideal da pena seria a defesa social, logo não faria sentido a interposição de uma ação estar no âmbito privado de escolha do ofendido, pois isto daria margem para a impunidade do criminoso.

Por fim, importante ponto acerca do tema aqui abordado e defendido por Viveiros de Castro em seu livro *Atentados ao Pudor* era a sua tese de que o diagnóstico de um indivíduo em estado patológico não deveria ser uma justificativa para a sua liberdade. Visto que, muitas vezes, o criminoso era diagnosticado por um perito e liberto pelo júri.

Neste ponto, apesar de a nova ciência penal defender diferentes tratamentos para diferentes tipos de criminosos, não justificava que os loucos, e outras categorias negligenciadas como as mulheres e as crianças, deveriam ficar impunes. Até porque, o objetivo da pena era a defesa social.

Por isso Viveiro de Castro atentava para o fato de que a nova ciência penal não deveria apenas modificar as práticas jurídicas, mas também o ensino do bacharel, de forma a introduzi-

lo a novas disciplinas (psiquiatria, medicina legal, antropologia, etc) para que facilitasse a compreensão do criminoso e a devida resposta do sistema penal.

Outro jurista contemporâneo a Tobias Barreto e Viera de Araújo foi Cândido Mota (1870 - 1942). Formado pela faculdade de Direito do Largo de São Francisco, investiu toda a sua carreira no setor público, mas conseguiu instrumentalizar sua contribuição para a difusão dos ideais positivistas no Brasil (ALVAREZ, 1996, p. 115).

Defendia o ideal de classificação do tipo de criminoso pela sua raça, assim como Nina Rodrigues, mas alertava que o alto grau de miscigenação da população brasileira dificultava a aplicação das concepções positivistas, principalmente no que concerne a individualização das penas (ALVAREZ, 1996, p. 66).

Ademais, em seu livro *Classificação dos Criminosos*, reeditado em 1925, Mota defende a criação de estabelecimentos especiais para menores, tendo em vista a sua concepção de criminosos de ocasiões, o que irá levar, posteriormente, a criação do Instituto Disciplinar (ALVAREZ, 1996, p. 120).

Basicamente, Mota aponta que existiria o criminoso nato, aquele que, cujo conceito criado por Ferri e defendido por Lombroso, nasce com predisposição ao crime, independente de influências do ambiente, e o criminoso de ocasião, que seriam indivíduos sem perfeita integridade moral e que tornar-se-iam criminosos por pressões do meio. Assim, afirma Mota em seu livro que:

[...] É certo que o verdadeiro ladrão nunca furta sem ocasião; mas quando esta se não apresenta ele a procura; ao passo que a ocasião, um acidente, pode converter em ladrão um homem até então reputado honesto, e que jamais procuraria essa ocasião ou procuraria esse acidente. É isto justamente o que assinala a distinção entre o homem normal e o criminoso de ocasião. O primeiro tem tão robusta a sua integridade moral, que prefere morrer de fome a lançar mão do que não lhe pertence; o segundo, devido a debilidade do senso moral, se não procura uma ocasião para apossar-se do alheio, não tem contudo força inibitória necessária para resistir à tentação toda a vez que a ocasião se lhe depara casualmente.[...] (ALVAREZ, 1996, p. 121, apud Mota, 1925, p. 126).

Mota era adepto de medidas de caráter preventivo para justamente evitar que os desvios morais de crianças e jovens progredissem para uma tendência crônica. Defendia, desta forma,

a criação de estabelecimentos para menores com o objetivo de disciplinar moralmente aqueles que “já demonstravam uma conformação moral defeituosa” (ALVAREZ, 1996, p. 121).

Este seu projeto, que dará origem ao Instituto Disciplinar em 1902, possui alta influência da escola positiva, além de ter como característica principal o seu caráter preventivo e não penal, tratando-se de uma instituição terapêutica com o objetivo de educar moralmente os jovens desafortunados. Inclusive, a inspiração para esta instituição não foi nas prisões convencionais, mas sim no Hospício do Juqueri (ALVAREZ, 1996, p. 123).

A partir dos trabalhos de Viera de Araújo, Tobias Barreto e Nina Rodrigues, assim como de seus vários discípulos, aqui citados Viveiros de Castro e Cândido Mota, a criminologia, por meio dos ideais da escola positiva, foi divulgada nos principais centros urbanos da Primeira República. De forma que seus ideais não ficaram apenas no campo teórico de discussões acadêmicas, mas também foram capazes de reformar diversas estruturas jurídicas que ainda se pautavam nas ideias da escola clássica.

Ainda, foram responsáveis por introduzirem determinados estigmas em nossa sociedade que permanecem até hoje. Um exemplo dos reflexos da teoria simplista e descabida de Lombroso que nos influencia até hoje é “desprezo pelo índio, o negro, o mestiço e o mulato, que são habitantes ‘naturais’ de nossos cárceres” (ZAFFARONI, 2010, p. 258).

Como afirma Vera Malaguti:

Mas o positivismo não foi apenas uma maneira de pensar, profundamente enraizada na intelligentsia e nas práticas sociais e políticas brasileiras, ele foi principalmente uma maneira de sentir o povo, sempre inferiorizado, patologizado, discriminado e, por fim, criminalizado. Funcionou, e funciona, como um grande catalisador da violência e da desigualdade característica do processo de incorporação da nossa margem ao capitalismo central (MALAGUTI, 2011, p. 48).

A criminalização excessiva de determinadas condutas, sem uma correta resposta Estatal para abordar os problemas que de fato assolam a população mais pobre do Brasil, cria um estereótipo de delinquente que não necessariamente existe, mas que é imposto ao estrato social mais pobre.

Fala-se, então, no conceito de *co-culpabilidade* apresentado por Nilo Batista em seu livro *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Para Nilo, deveria ser considerado no juízo de reprovabilidade do Estado, todo o contexto social do delinquente, de forma a analisar todas as oportunidades negadas a esta pessoa e incluir, no momento da imputação da pena, a responsabilidade geral do Estado pelo indivíduo que delinuiu, assim:

“[...] em certa medida, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu” (BATISTA, 2011, p. 102).

Teria sido mais sábio se os criminólogos positivistas tivessem abordado a problemática da elevada criminalidade de outra forma: o alto índice de criminalidade a partir da Primeira República não é devido a elevada miscigenação social que a população brasileira apresenta, mas sim ao número elevado de pessoas que se encontram em situação de miséria após a abolição da escravidão.

Aqui cabe um trecho do *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, de Zaffaroni, em que a sua explicação acerca do *modos operandi* da sociedade brasileiro na Primeira República reflete exatamente o que continua ocorrendo em pleno século XXI. Em suas palavras, Zaffaroni afirma que:

O homem era uma coisa entre outras coisas, e existiam os de melhor e de pior qualidade. Os de pior qualidade, os ‘degenerados’ e biologicamente deficientes, caíam na escala social, por um processo de decantação ‘natural’, e deviam ser controlados pelos que se mantinham no poder, pois se convertiam em uma ‘classe perigosa’. O ‘crime’ era a manifestação de uma inferioridade, que nem sempre podia ser corrigida (em tal caso impunha-se eliminar ou segregar definitivamente o portador). O grupo de poder era quase invulnerável a tais ‘sanções’, pois sua ‘superioridade genética’ ou ‘biológica’ o preservava. Somente por acidente, algum de seus integrantes poderia ser atingido. (ZAFFARONI, 2010, p. 257)

A partir deste breve histórico, iremos identificar quais foram os ideais da escola positiva que persistiram ao longo da história e foram capazes de influenciar na construção do ideal de loucura.

3.4. Escola Positiva do Direito Penal, criminologia e a loucura

Em meio aos conturbados tempos no início da Primeira República, dada toda a movimentação social pela qual passava o país, a burguesia brasileira estava dedicada a buscar uma nova forma de controle social para lidar com as revoltas da população. Em seu texto, (ALVAREZ, 1996, p. 173, apud RAGO, 1985, p. 12) menciona que São Paulo se caracterizava como uma grande indústria da moralização, tentando produzir trabalhadores dóceis, mas economicamente produtivos.

A partir desta tentativa de moralização e controle da população, determinados grupos de pessoas foram consideradas, inicialmente, o centro das atenções dos novos criminólogos, dentre estas pessoas estavam os loucos. Isto porque notou-se que apenas o combate ao crime não era o suficiente para diminuir a criminalidade, era necessário também “recuperar moralmente aqueles que já tenham caído na criminalidade (desde que não sejam criminosos-natos, evidentemente) e fornecer educação moral a aqueles potencialmente perigosos, mas que ainda não delinquiram” (ALVAREZ, 1996, p. 174).

Neste ponto, cabe o conceito de Zaffaroni de Direito Penal da Periculosidade, no qual o homem não gozaria de livre arbítrio para fazer as suas escolhas, mas sim estaria predeterminado para determinadas ações. Logo, aqueles que, de acordo com o positivismo europeu, nasceram com tendências ao crime seriam necessariamente perigosos, sendo uma questão de tempo até delinquirem. Nas palavras de Zaffaroni (2010, p. 104), o homem seria:

[...] um ser que somente se move por causas, isto é, determinado, que não goza de possibilidade de escolha, que a escolha é uma ilusão e que, na realidade, sempre atuamos movidos por causas, sem que nossa conduta se distinga dos outros fatos da natureza, nessa concepção não haverá lugar para culpabilidade. Dentro desse pensamento, a culpabilidade será uma enteléquia, o reflexo de uma ilusão. Por conseguinte, em nada servirá para a quantificação da pena. Somente será considerado o grau de determinação que tenha o homem para o delito, ou seja, a periculosidade. Esse será, assim, o direito penal de periculosidade, para o qual a pena terá como objeto (e também como único limite) a periculosidade.

Esta teoria, contudo, contaria com uma falha grave de congruência, como bem explica Zaffaroni posteriormente (2010, p. 105), uma pessoa incapaz de autodeterminar-se não poderia assumir as consequências de seus atos, logo, não poderia ser imputada a ela a responsabilidade.

Em outras palavras, “quem não pode escolher não pode ser responsável por nada, em nenhum sentido” (ZAFFARONI, 2010, p. 105).

Assim, pode-se concluir que imputar uma pena a uma pessoa meramente em razão de suas ações serem predeterminadas, tendo em vista seu alto grau de periculosidade, apenas faria sentido em duas ocasiões: em um momento histórico em que o direito era controlado pelo preconceito (o que ocorreu na época do direito penal positivo) ou quando o direito se depara com a situação do louco infrator (em que a medida de segurança é imputada como se pena fosse).

Nesta linha de tratamento diferenciado para determinados grupos de pessoas com a “moral defeituosa”, Tobias Barreto produziu seu texto *Menores e Loucos em Direito Criminal*, publicado em 1884, por meio do qual ele criticava os dispositivos do Código Criminal do Império por unir em uma mesma categoria diversos tipos de pessoas em razão da sua ausência de normalidade mental, chamados de sujeitos irresponsáveis (ALVAREZ, 1996, p. 178).

Sua maior crítica, seguindo as influências advindas da escola positiva na Europa, era a ausência de uma individualização no tratamento jurídico-penal dado aos irresponsáveis, de forma que cada um deles (mulheres, crianças e loucos) tivessem uma resposta penal-preventiva adequada para corrigir a sua “moral defeituosa” (ALVAREZ, 1996, p. 122).

No que tange à loucura, o Brasil segue a mesma tendência vinda da Europa no final do século XVIII e início do século XIX, que seria a entrada da medicina neste campo jurídico, assumindo a tarefa de controle da pessoa considerada alienada quando esta se encontra em uma situação de criminalidade.

Logo quando estas questões ficam em evidência na Primeira República, os principais juristas da época reconhecem a relevância do papel da Medicina e logo cedem o espaço da loucura para esta ciência, ao menos no campo simbólico da pesquisa. Alguns juristas vão além e afirmam que a principal resposta jurídica-penal, nestes casos, seria a resposta terapêutica e não prisional (ALVAREZ, 1996, p. 180).

Contudo, apesar do entusiasmo advindo das novas teorias positivistas, alguns juristas tinham receio da perigosa assimilação entre o criminoso e louco, consequentemente, entre a pena e a terapia. Assim, alguns autores temiam que o excesso de espaço cedido a Medicina pudesse ameaçar o espaço do jurista, tendo em vista que é fácil esta associação de que todo criminoso teria sua moral desvirtuada e sinais de anormalidade, logo, todo criminoso poderia ser louco.

Mas afinal, quem seria o louco? A seguir, iremos traçar o histórico do tratamento concedido às pessoas portadoras de transtornos mentais ao longo da história, pela visão de Foucault. Assim como analisaremos a evolução do direito penal e da psiquiatria em termos de tratamento destas pessoas.

4. HISTÓRICO DA LOUCURA

4.1. Evolução da segregação sob os olhos de Foucault na História da Loucura

4.1.1. Antecedentes

Foucault inicia seu livro tratando dos antecedentes da loucura entre os séculos XIV e XVII. Afirma Foucault que o medo do desconhecido e do estranho é anterior ao foco da sociedade ocidental na questão do doente mental. A lógica que subsistia na época da lepra perpassa o fim do surto da doença na Europa, transferindo os valores e imagens do leproso para um novo personagem, conforme trecho abaixo:

Aquilo que sem dúvida vai permanecer por muito mais tempo que a lepra, e que se manterá ainda numa época em que, há anos, os leprosários estavam vazios, são os valores e as imagens que tinham aderido à personagem do leproso; é o sentido dessa exclusão, a importância no grupo social dessa figura insistente e temida que não se põe de lado sem se traçar à sua volta um círculo sagrado. (FOUCAULT, 1972, p. 9)

A lepra teve seu surto entre o início da alta idade média até as Cruzadas, assolando milhares de pessoas pela Europa. A medicina da época, ainda muito incipiente, não era capaz de produzir uma cura para a doença, tornando a sua disseminação cada vez mais grave. A falta de conhecimento ou ferramentas para lidar com a doença fez com que a medida mais razoável para a conter fosse a reclusão dos doentes. O medo do contágio e da ausência de cura levou à criação de áreas específicas para segregar os leprosos das demais pessoas. A incipiência da medicina levou ao medo generalizado, atrelando-se ao endosso da Igreja Católica ao afirmar que a única forma de salvação do doente era a sua exclusão:

“O abandono é, para ele, a salvação; sua exclusão oferece-lhe uma outra forma de comunhão”. (FOUCAULT, 1972 p. 10)

O internato dessas pessoas logo saiu do espaço da medicina para um espaço moral de exclusão, atingindo, também, o espaço sagrado da salvação, de forma que a Igreja prometia a salvação da alma do leproso se ele ficasse recluso, assim como a salvação da alma da pessoa que o pôs em reclusão.

A lepra se extinguiu, ou pelo menos foi reduzida a raríssimos casos pela Europa, e os leprosários foram abandonados ou destinados para outros cuidados que não a doença. Contudo, o que não foi extinto com a lepra e continuará subsistindo com vários grupos de pessoas “diferentes” após o surto da lepra são os valores imputados ao leproso, como é possível observar a seguir:

Desaparecida a lepra, apagado (ou quase) o leproso da memória, essas estruturas permanecerão. Frequentemente nos mesmos locais, os jogos da exclusão serão retomados, estranhamente semelhantes aos primeiros, dois ou três séculos mais tarde. Pobres, vagabundos, presidiários e "cabeças alienadas" assumirão o papel abandonado pelo lazarento, e veremos que salvação se espera dessa exclusão, para eles e para aqueles que os excluem. Com um sentido inteiramente novo, e numa cultura bem diferente, as formas subsistirão — essencialmente, essa forma maior de uma partilha rigorosa que é a exclusão social, mas reintegração espiritual (FOUCAULT, 1972 p. 10).

Este leproso passou a ser símbolo da exclusão, do medo e do diferente, algo que não se deseja ter perto nem se deseja tratar, apenas esquecer. O leproso, que não mais é a pessoa que possui hanseníase, e sim aquele que sofre por ser diferente, será perseguido por esses valores até o século XXI, no qual ainda sofre com a exclusão, como afirma Foucault:

Aquilo que sem dúvida vai permanecer por muito mais tempo que a lepra, e que se manterá ainda numa época em que, há anos, os leprosários estavam vazios, são os valores e as imagens que tinham aderido ao personagem do leproso; é o sentido dessa exclusão, a importância no grupo social dessa figura insistente e temida que não se põe de lado sem se traçar à sua volta um círculo sagrado (FOUCAULT, 1972, p. 9).

A partir do século XV, a lepra logo é substituída pelas doenças venéreas que, sem muitas dificuldades, tomam o seu lugar. Contudo, as doenças venéreas não são capazes de ocupar o mesmo espaço que a lepra ocupava na idade medieval, pois, apesar das medidas de segregação iniciais, elas logo são tratadas pela medicina como doenças (FOUCAULT, 1972, p. 11).

Diferente dos leprosários, as casas destinadas para o tratamento das doenças venéreas asseguram, inicialmente, um tratamento ao paciente e não estabelecem apenas a sua exclusão. Todavia, afirma Foucault que é por conta do modo de internação dessas pessoas que gradativamente, a partir do século XVII, a doença venérea saiu do contexto médico e foi integrada ao espaço moral da exclusão, juntamente com a loucura.

4.1.2. Percepção da Loucura na Idade Média

A loucura não é algo novo ou uma epidemia que surge de repente na Europa. Muitas províncias europeias conviviam com pessoas acometidas pela loucura e cada qual possuía um tratamento diferenciado dependendo do caso. Algumas vezes essas pessoas eram escorraçadas dos muros da cidade, outras vezes eram confinadas a grupos de mercadores para exercer algum tipo de trabalho ou simplesmente ficavam vagando pelos campos das cidades (FOUCAULT, 1972, p. 15).

Dentre as formas de cada municipalidade lidar com seus loucos, havia a prática de confiná-los em barcos de mercadores e marinheiros para que estes purificassem as cidades de origem desses loucos, surgindo, desta forma, o conto da Nau dos Loucos (FOUCAULT, 1972, p. 13).

A solução da Nau dos Loucos não tinha um objetivo bem definido. Não poderia ser tratada como uma medida geral de expurgo dos loucos em estado de vagabundagem, pois algumas municipalidades já recebiam essas pessoas em hospitais para tentar tratar a sua loucura, isto antes mesmo de serem construídos casas especiais para eles. Inclusive, algumas dessas cidades possuíam verbas destinadas ao tratamento destas pessoas.

Outras cidades, como Nuremberg, foram responsáveis por acolherem um grande número de loucos, alojando-os com o orçamento da cidade, mas sem oferecer tratamento, apenas os trancafiando em prisões para manter a exclusão (FOUCAULT, 1972, p. 15).

A partida desses loucos das municipalidades não representava apenas uma utilidade social ou uma medida de segurança para os cidadãos, também representando uma forma de salvação para esses loucos. A água que afasta o louco das cidades também seria, de acordo com Foucault, a mesma água que purifica (FOUCAULT, 1972, p. 16).

No entanto, quem seria esse personagem que habitava a Nau dos Loucos? De acordo com Foucault, não se resumiam apenas àquelas portadoras de algum transtorno mental, incluindo também:

“Cento e dezesseis dos cantos do poema de Brant destinam-se a traçar o retrato dos insanos passageiros da Nau: são os avaros, os delatores, os bêbados. São os que se entregam à desordem e à devassidão; os que interpretam mal as Escrituras, os que praticam o adultério” (FOUCAULT, 1972, p. 30).

A Idade Média foi marcada pela convivência com a loucura. Esta poderia não ser bem quista, mas fazia parte do cotidiano das municipalidades. Inicialmente, a literatura se ocupa de traçar a loucura como uma miragem: seria como um espelho que não mostrasse nenhum reflexo real, apenas o reflexo que aquele que se contempla gostaria de ver.

Nesta adesão imaginária a si mesmo, o homem faz surgir sua loucura como uma miragem. O símbolo da loucura será doravante este espelho que, nada refletindo de real, refletiria secretamente, para aquele que nele se contempla, o sonho de sua presunção. A loucura não diz tanto respeito à verdade e ao mundo quanto ao homem e à verdade de si mesmo que ele acredita distinguir (FOUCAULT, 1972, p. 30).

Ainda, aliada a Igreja, a loucura também é vista como um estado de espírito daquele que tenta se comparar a Deus, pois, como afirma Foucault “comparada com a verdade das essências e de Deus, toda a ordem humana é apenas uma loucura” (FOUCAULT, 1972, p. 37).

A loucura também é tida como oposto da razão, ou ainda, uma estaria ligada a outra, mesmo que elas se recusem mutuamente. Afirma Foucault que toda loucura é controlada pela sua razão, assim como toda razão procura em sua loucura algum tipo de verdade. Não seria possível a existência de uma sem a outra (FOUCAULT, 1972, p. 35).

Com o início da Idade Clássica, as percepções da Loucura foram modificadas, assim como o tratamento dado para os loucos na sociedade. Tal mudança de postura também teve reflexo na Literatura, na qual o embarque teve como continuidade o internamento. Não existiriam mais naus, apenas o “Hospital”.

“Pouco mais de um século após a fortuna das loucas barcaças, vê-se aparecer o tema literário do Hospital dos Loucos. Nele, cada cabeça vazia, obstinada e ordenada, segundo a verdadeira razão dos homens, fala, por exemplo, com a linguagem da contradição e da ironia, a linguagem desdobrada da sabedoria” (FOUCAULT, 1972 p. 49).

4.1.3. A grande internação

A grande internação teve início no século XVII, no qual criou-se um grande número de casas de internamento onde, mais tarde, estariam concentrados uma em cada cem pessoas na cidade de Paris (FOUCAULT, 1972, p. 55).

A primeira data que serve de referência para a grande internação foi a criação do Hospital Geral em Paris, em 1656. Este hospital não era um estabelecimento médico, mas sim uma estrutura semijurídica que era responsável por exercer todos os poderes. Ela decidia, julgava e executava com soberania quase absoluta, não havendo espaço nem lugar para se recorrer. Para Foucault, era considerada a terceira ordem da repressão (FOUCAULT, 1972, p. 57).

A função inicial do Hospital Geral era recolher, alimentar e alojar todos aqueles que necessitassem ou fossem encaminhados pelas autoridades reais ou judiciais. Uma estrutura criada para abrigar os menos afortunados e os infratores desordenados.

Os Hospitais Gerais, ainda que fossem estruturados pela realeza e a burguesia, não deixaram de inspirar a Igreja para se alinhar ao movimento. Esta logo reforma suas congregações e as tornam estruturas análogas aos hospitais. Apesar das semelhanças, essas casas de internação religiosas tinham uma vida similar à de um convento, de forma que eram feitas leituras, orações, ofícios e meditações. A partir desse momento, os miseráveis, que antes eram considerados como um pretexto enviado por Deus para incentivar a caridade nos cristãos e proporcionar a sua salvação, agora perdem o seu sentido místico e ocupam o espaço da moral (FOUCAULT, 1972, p. 59).

Essas novas casas de internação, muitas vezes, eram localizadas em antigos leprosários, com bens herdados de ordens eclesiásticas ou decretos reais. Nessas instituições era comum a Igreja atuar com base em seus antigos privilégios em assistir os mais pobres, um rito de caridade, mas ao mesmo tempo de vontade de punir (FOUCAULT, 1972, p. 61).

A atuação da igreja nas casas de internação era responsável pelos ensinamentos da religião que eram necessários para o descanso da cidade. A internação para ela, nada mais era

do que o mito da felicidade social em um modelo autoritário: “uma polícia cuja ordem seria inteiramente transparente aos princípios da religião, e uma religião cujas exigências seriam satisfeitas, sem restrições, nas regras da polícia e nas coações com que se pode armar” (FOUCAULT, 1972 p. 88).

O Classicismo inventou o internamento, um pouco como a Idade Média a segregação dos leprosos; o vazio deixado por estes foi ocupado por novas personagens no mundo europeu: são os "internos". O leprosário tinha um sentido apenas médico; muitas outras funções representaram seu papel nesse gesto de banimento que abria espaços malditos. O gesto que aprisiona não é mais simples: também ele tem significações políticas, sociais, religiosas, econômicas, morais. E que dizem respeito provavelmente a certas estruturas essenciais do mundo clássico em seu conjunto (FOUCAULT, 1972, p. 61).

Como se pode observar, os grandes hospícios ou casas de internação foram obra da era clássica. Criadas para a “punição dos vagabundos e alívio dos pobres” (FOUCAULT, 1972, p. 61), elas surgiram por toda a Europa: as *Zuchthäusern*, na Alemanha; as *houses of correction* em 1575 que deram origem as workhouses posteriormente na Inglaterra; ou as casas de internação, França (FOUCAULT, 1972, p. 61).

Essas casas possuíam dupla significação: é recompensa para os “bons pobres” que aceitam todas as imposições das autoridades nas casas de internação, e é punição para os “maus pobres” que se queixam da coação que ali recebem. Essa dualidade, conforme Foucault, é o que dá significação ao internamento (FOUCAULT, 1972, p. 15).

Apesar do grande movimento que foi a internação, esta é uma das últimas medidas tomadas pelo governo francês para conter “a mendicância e a ociosidade, bem como as fontes de todas as desordens” (FOUCAULT, 1972, p. 73). Inicialmente, nos anos de 1530, o parlamento francês optou por prender todos os mendigos e obrigá-los a realizar trabalhos forçados nos esgotos da cidade. Posteriormente, conforme o número de indigentes aumentava, a ordem era expulsá-los da cidade. A crise em decorrência das guerras de religião multiplicou o número de pessoas sem emprego e que eram obrigadas a viver nas ruas de Paris, totalizando 30.000 mendigos em uma população de 100.000 habitantes (FOUCAULT, 1972, p. 73).

No século XVII, a França teve uma retomada econômica, mas o tratamento dado a mendicância continuou no viés da exclusão: mendigos eram chicoteados e marcados em praça

pública para depois serem expulsos. Aqueles que se dignassem a retornar, eram surpreendidos por arqueiros nas portas das muralhas da cidade.

Logo após a Guerra dos Trinta Anos, o problema da pobreza volta a assolar Paris. Com o aumento regular de taxas e o aparecimento de novas estruturas econômicas no mundo operário, o desemprego aumenta, dando margem para diversas revoltas como a de Paris (1621), a de Rouen (1639) e de Lyon (1652). Assembleias de operários são proibidas e a Igreja intervém perseguindo agrupamentos secretos de operários, associando-os à feitiçaria (FOUCAULT, 1972, p. 74).

Em meio a todo esse caos, surge o Hospital Geral como uma vitória do Parlamento Francês. Este, originalmente, era considerado uma medida positiva, pois seria o primeiro meio adotado pelo governo que não era puramente punitivo. As medidas apenas de exclusão são substituídas pela detenção, de forma que os miseráveis são obrigados a aceitar o internamento e a coação física e moral em troca de alimentação e moradia.

Desta forma, em sua origem, as casas de correção e o Hospital Geral eram responsáveis por abrigar os desempregados e vagabundos em tempos de crise econômica, evitando, assim, a ociosidade e revoltas sociais. Contudo, terminada a crise, estes estabelecimentos adquiriam uma nova significação: mão-de-obra barata nos tempos de alto salário e pleno emprego.

Essas casas passam a ser um grande centro de produção de manufaturas, competindo, assim, com o mercado. Entretanto, a utilização de mão-obra barata com a consequente redução dos preços torna o mercado desbalanceado, criando uma concorrência desleal com as manufaturas locais. Ou seja, o objetivo de acabar com a pobreza em uma região é totalmente frustrado, pois cria-se a pobreza em outra. Por conta deste fato, o trabalho nas *workhouses* progressivamente desaparece, tornando as casas de internamento um fracasso em sua essência, conforme apontado por Foucault:

Avaliada apenas de acordo com seu valor funcional, a criação das casas de internamento pode ser considerada um fracasso. Seu desaparecimento em quase toda a Europa no começo do século XIX, como centros de recepção de indigentes e prisão da miséria, sancionará seu fracasso final: remédio transitório e ineficaz, precaução social muito mal formulada pela industrialização nascente (FOUCAULT, 1972, p. 80).

Ao final, é possível observar que o Hospital Geral não foi apenas um refúgio para a velhice, enfermidade ou vagabundagem, assim como também não se resumia em apenas um ateliê de trabalho forçado, mas sim “uma instituição moral encarregada de castigar, de corrigir uma certa “falha” moral que não merece o tribunal dos homens mas que não poderia ser corrigida apenas pela severidade da penitência. O Hospital Geral tem um estatuto ético” (FOUCAULT, 1972, p. 84).

Daí surge a leitura de que o internamento possui como finalidade obscura eliminar os elementos que são nocivos para a sociedade, ou seja, os “a-sociais” distribuídos entre os hospitais psiquiátricos, prisões ou casas de correção. Todos aqueles que apresentam a citada “falha moral”.

Esse sentido moral do trabalho é tão forte no século XVII que Foucault representa muito em seu livro *História da Loucura*:

“O prisioneiro que pode e quer trabalhar será libertado não tanto pelo fato de ser novamente útil à justiça, mas porque de novo aderiu ao grande pacto ético da existência humana” (FOUCAULT, 1972 p. 85).

A Grande Internação, como se pode observar, nasceu com uma finalidade diferente do que foi atingindo posteriormente, e a loucura fez parte desse movimento. Assim como a miséria ou a vagabundagem, a loucura passou a ser problema de polícia, não mais sendo uma figura comum como foi na Idade Média. Assim, nas palavras de Foucault:

Para tanto foi necessário formar, de modo abafado e no decorrer de longos anos, sem dúvida, uma sensibilidade social, comum à cultura européia e que bruscamente atingiu seu limiar de manifestação na segunda metade do século XVII: foi ela que isolou de repente essa categoria destinada a povoar os lugares de internamento. A fim de habitar as plagas durante tanto tempo abandonadas pela lepra, designou-se todo um povo a nosso ver estranhamente misturado e confuso. Mas aquilo que para nós parece apenas uma sensibilidade indiferenciada, seguramente era, no homem clássico, uma percepção claramente articulada. É esse modo de percepção que cabe interrogar a fim de saber qual foi a forma de sensibilidade à loucura de uma época que se costuma definir através dos privilégios da Razão. O gesto que, ao traçar o espaço de internamento, conferiu-lhe um poder de segregação e atribuiu à loucura uma nova pátria, por mais coerente e ordenado que seja esse gesto, não é simples (FOUCAULT, 1972 p. 63).

O asilo antes condenado a alojar aqueles que sofriam de ociosidade, depois substituiu o leprosário na geografia dos lugares assombrados. A internação dos loucos inicialmente nesses asilos não foi acidental, de forma que eles sempre estiveram ao lado dos pobres, ociosos, vagabundos e etc, ou seja, todo um conjunto de pessoas consideradas deslocadas que eram submetidas aos mesmos trabalhos obrigatórios e coação uniforme.

De acordo com Foucault, “até a Renascença, a sensibilidade à loucura estava ligada à presença de transcendências imaginárias. A partir da era clássica e pela primeira vez, a loucura é percebida através de uma condenação ética da ociosidade e numa imanência social garantida pela comunidade de trabalho.” (FOUCAULT, 1972, p. 83)

A distinção dos loucos só surgiu a partir do século XVIII, quando foi notada a sua incapacidade para o trabalho e seguir a vida coletiva. Neste ponto, a internação teve seu destaque, pois foi o momento em que a loucura foi percebida no mesmo contexto em que a pobreza, ou seja, inseria-se no âmbito dos problemas da cidade.

Com isso a loucura é arrancada a essa liberdade imaginária que a fazia florescer ainda nos céus da Renascença. Não há muito tempo, ela se debatia em plena luz do dia: é o Rei Lear, era Dom Quixote. Mas em menos de meio século ela se viu reclusa e, na fortaleza do internamento, ligada à Razão, às regras da moral e a suas noites monótonas (FOUCAULT, 1972, p. 89).

Passe-se então a ser notada no âmbito da consciência médica com natureza de doença o que antes era tratado como “desorganização da família, desordem social, perigo para o Estado” (FOUCAULT, 1972, p. 91).

A grande internação logo foi reconhecida como um movimento burguês para se livrar de todos aqueles que são nocivos para sociedade, nas palavras de Foucault:

O internamento seria assim a eliminação espontânea dos “a-sociais”; a era clássica teria neutralizado, com segura eficácia — tanto mais segura quanto cega — aqueles que, não sem hesitação, nem perigo, distribuímos entre as prisões, casas de correção, hospitais psiquiátricos ou gabinetes de psicanalistas (FOUCAULT, 1972, p. 90).

Mais do que isso. Após determinado tempo, é possível se afirmar que os leprosos não foram internados para conter a doença, ou que grande parte da população de Paris foi detida para afastar os “a-sociais”. Todos esses atos ganharam nova significação, que seria a

transformação de rostos familiares em criaturas bizarras, afastando-os de suas famílias e da sociedade e dando início a alienação. Como preceitua Foucault, “refazer a história desse processo de banimento é fazer a arqueologia de uma alienação” (FOUCAULT, 1972, p. 92).

4.2.Evolução da Psiquiatria

A evolução da Psiquiatria está intimamente relacionada a evolução do conceito de loucura durante a história. Como afirmam (FONSECA, ROMERO e ZANELLO, 2011, p. 622), a loucura teve um diagnóstico bastante polimorfo antes de ser conceituada modernamente como doença mental.

A loucura já foi analisada em um enfoque mitológico-religioso, sendo classificada como “agitada e furiosa (mania), ou triste e medrosa (melancolia)” até o século II; já foi considerada como uma “possessão diabólica”, estando no âmbito de cura dos teólogos na Idade Média; e, por fim, a partir do século XVII, passou a ser entendida “sob o viés da racionalidade” (FONSECA, ROMERO e ZANELLO, 2011, p. 622).

Neste momento, cabe lembrar que a loucura foi anexada a um conjunto de pessoas “a-sociais”, sujeitos estes que foram marginalizados pela sociedade e confinados em Hospitais Gerais.

Somente a partir do século XIX, momento em que houve a criação das primeiras clínicas psiquiátricas, é que o louco passou a ser um indivíduo capaz de ser tratado. Para isso, saiu da zona de isolamento dos “a-sociais” para, agora, ser segregado como “paciente”, iniciando a inserção da loucura dentro da Medicina e não mais no Sistema Penal (FONSECA, ROMERO e ZANELLO, 2011 p. 623).

O grande responsável por compreender a loucura como doença ou alienação mental e também pioneiro na criação de técnicas para o tratamento desta “anomalia” foi Philippe Pinel (1745 – 1826).

Sua principal obra foi o *Tratado Médico-Filosófico sobre a Alienação Mental*, no qual identificou diversos tipos de lesões mentais e propôs um método de diagnóstico que era baseado

na “observação sistemática e prolongada do comportamento do alienado”, dando origem, assim, à clínica psiquiátrica (FONSECA, ROMERO e ZANELLO, 2011, p. 623).

O enfoque de Pinel estaria no tratamento moral de seus pacientes, de forma que a sua reeducação poderia leva-lo a se portar conforme os padrões éticos da sociedade (FONSECA, ROMERO e ZANELLO, 2011, p. 623).

A partir deste momento em que a loucura se torna equivalente à doença mental, os escritos de Foucault em *História da Loucura*, visando ter uma abordagem mais crítica do alienado, são extremamente relevantes para iniciar a desconstrução sobre o tema.

De acordo com (FONSECA, ROMERO e ZANELLO, 2011, p. 623), uma das “grandes contribuições de Foucault (1982), em *História da Loucura*, é justamente ter apontado como a doença mental é uma entidade produzida e não uma verdade descoberta”.

Já ao final do século XIX, alguns dos ideais de Pinel já não eram bem aceitos perante a comunidade médica, tendo em vista o apogeu da ciência organicista, ou seja, a tentativa de a ciência explicar todas as anomalias (mentais ou não) do ser humano tendo como base apenas os fenômenos físicos que acometiam essas pessoas. Assim, eram desconsideradas qualquer influência do meio ou de sentimentos da pessoa.

Na sequência, Esquirol e Beaugrand, ambos psiquiatras organicistas, foram responsáveis por associarem a alienação mental à alguma disfunção física, iniciando o conflito presente no final do século XIX entre organicistas clássicos e a emergente doutrina psicodinâmica (FONSECA, ROMERO e ZANELLO, 2011, p. 623).

Independentemente da vertente da psiquiatria, uma coisa era certa: o manicômio continuava sendo a principal ferramenta para o tratamento e confinamento dessas pessoas. Neste sentido, o objetivo principal desta instituição total seria “normatização mínima do comportamento, para garantir que o alienado pudesse voltar ao convívio social” (FONSECA, ROMERO e ZANELLO, 2011, p. 623).

Assim, objetivando essa “normatização”, eram empregados os mais diversos tipos de procedimentos, ou melhor, torturas, como por exemplo a lobotomia [*“intervenção neurocirúrgica com o objetivo de ‘eliminar determinadas doenças mentais ou modificar comportamentos inadequados’”*](FONSECA, ROMERO e ZANELLO, 2011, p. 623 apud MASIERO, 2003, p. 550)]. Ou também a prática de eletrochoques e comas insulínicos.

Com o avanço da indústria farmacêutica na década de 1950 e a descoberta do primeiro neuroléptico (clorpromazina), foi possível a saída de muitos pacientes de manicômios, tendo em vista o controle de seus sintomas pela via medicamentosa. Contudo, este mesmo avanço também foi responsável pela crescente “medicalização” da loucura e a crença em uma “cura” por meio de medicamentos.

Se por um lado essas pessoas agora tinham alguma chance de conviver em sociedade, por outro, a sua convivência dependia do uso de medicamentos, como acontece até os dias atuais.

A partir da década de 80, os avanços científicos na medicina e nas indústrias farmacêuticas permitiram o abandono da psicoterapia utilizada nos manicômios para a introdução de novos modelos de psiquiatria.

Os psicoativos ganharam tanta relevância neste meio que doenças foram diagnosticadas com base em respostas clínicas apresentadas em determinados experimentos, como ocorreu com a Síndrome do Pânico e o antidepressivo imipramina (FONSECA, ROMERO e ZANELLO, 2011, p. 625).

A partir da publicação da terceira edição do *Manual de Diagnóstico e Estatística de Doenças Mentais da Associação Psiquiátrica Americana* (DSM-III) e da influência da indústria farmacêutica neste tema, todas as chamadas “anomalias mentais” passaram a ser encaradas como patologias passíveis de tratamento.

O problema deste tipo de atitude é que qualquer aspecto da individualidade dessas pessoas era (e ainda é) desconsiderado, de forma que possíveis características pessoais são encaradas como sintomas que necessitam ser controlados pela via medicamentosa. O excesso

de tristeza ou o excesso de felicidade, assim como qualquer outra característica considerada “anormal” tomando por base o “ser humano médio”, é encarada como sintoma.

Assim, afirma:

Segundo SZASZ (1980), há um engodo na Psiquiatria quando esta considera sintomas mentais como sinais de doença cerebral. Para ele, o objetivo da Psiquiatria seria uma farsa, pois a doença mental não pode ser entendida do mesmo jeito que uma doença física, havendo uma clara distinção entre uma doença do cérebro, ou seja, um defeito neurológico, e problemas existenciais. Estes seriam causados por necessidades pessoais conflitivas, aspirações sociais, valores, entre outros. (...) Szasz (1980) sublinha que a doença mental se estabelece a partir de um desvio de comportamento de certos padrões psicossociais, éticos e legais. Assim, qualquer coisa que fuja ao padrão é considerada como fora do normal, e o sujeito passa a ser visto como louco. Trata-se, portanto, mais de um julgamento moral do que de um diagnóstico biológico. O autor questiona, dessa forma, o conceito de doença mental e ressalta que sua definição é de base não médica, enquanto sua terapêutica é buscada em bases médicas (FONSECA, ROMERO e ZANELLO, 2011, p. 626, apud SZAZ, 1980).

4.3.O distúrbio mental e o processo punitivo do direito brasileiro

A primeira menção legislativa acerca do tratamento penal a ser dado ao louco infrator ocorreu apenas em 1830, quando foi sancionado o primeiro Código Penal brasileiro. Já nesta época, é possível observar que o tratamento dado pelo legislador do Império é semelhante ao que possuímos no atual Código Penal, de forma a utilizar a doença mental como isenção de culpabilidade em seu artigo 10, parágrafo segundo, do Código Penal do Império⁴.

Isto porque o primeiro código penal brasileiro, conforme já foi abordado neste texto, era fortemente influenciado pelos ideais da Escola Clássica do direito penal, de forma a ser fundamentado na doutrina do livre-arbítrio e na noção de responsabilidade.

Assim, como ainda não havia sido contemplada a hipótese de uma “loucura lúcida” naquela época, seria impossível a condenação de alguém que agiria sem vontade.

Dada a inexistência de instituições destinadas a acolher pessoas loucas infratoras no Brasil naquela época, a solução era entregar estas pessoas para suas famílias (quando existiam)

⁴ Art. 10. Também não se julgarão criminosos:

[...]

2º Os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos, e nelles commetterem o crime.

ou encaminhá-las para as prisões comuns ou as Santas Casas pertencentes à Igreja, conforme o artigo 12, *caput*, do Código Penal do Império⁵ (VIANA e SOUZA, 2012, p. 168).

A partir de 1852, o primeiro asilo para doentes mentais foi inaugurado no Rio de Janeiro, o Hospital D. Pedro II. Com a criação desta instituição, o sistema judiciário passou a encaminhar os loucos infratores para o Hospital, no entanto, houve um protesto inicial por parte dos médicos, afirmando que o encaminhamento de infratores para aquela instituição prejudicaria o tratamento daqueles que não eram infratores.

Com a criação do Código Penal da República, em seus artigos 12, 1º, 7º, 27, §§3º e 4º, 29⁶, em 1890, o entendimento legislativo da loucura mudou drasticamente. Agora, a noção de crime estava intrinsecamente ligada a imputabilidade do agente, de forma que se o agente fosse inimputável, sua conduta não poderia ser qualificada como crime. Inclusive, a própria lei determinava que o Hospício dos Alienados deveria ser o local para onde os doentes deveriam ser encaminhados (PERES e FILHO, pg. 338).

Aqui, cabe a distinção apresentada por (PERES e FILHO, 2002, p. 339) citando Escorel (1905, p. 49) em seu comentário ao novo Código Penal:

Imputar, nos diz o jurista, ‘significa atribuir a um sujeito como causa, uma ação, um fenômeno, como efeito ... Imputabilidade (é) uma qualidade que tem em si uma ação ou um fenômeno qualquer que o torna atribuível àquela causa.’ A imputação, ou imputabilidade, estabelece uma relação causal entre um sujeito e uma ação, no caso, uma ação delituosa. A responsabilidade, por outro lado, relaciona-se às consequências legais do ato praticado. Os loucos, compreendidos no parágrafo 4 do artigo 27 entram, então, no campo da inimputabilidade: os atos por eles praticados não lhes são atribuídos. Além disso, irresponsáveis que são, não respondem legalmente pelos atos cometidos; a eles não cabem as sanções penais (PERES e FILHO, 2002, p. 339 apud ESCOREL, 1905, p.49).

⁵ Art. 12. Os loucos que tiverem commettido crimes, serão recolhidos ás casas para elles destinadas, ou entregues ás suas familias, como ao Juiz parecer mais conveniente.

⁶ Art 1. Ninguém poderá ser punido por fato que não tenha sido qualificado crime, nem com penas que não estejam previamente estabelecidas.

Art 7. Crime é violação imputável e culposa da lei penal.

Art 27. Não são criminosos: [...]

§3. os que, por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação;

§4. os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de inteligência no ato de cometer o crime.

Art 29. Os indivíduos isentos de culpabilidade em resultado de afecção mental serão entregues às suas famílias, ou recolhidos a hospitais de alienados, se o seu estado mental assim o exigir para a segurança do público.

Inicialmente, cabe apontar que o objetivo de Batista Pereira ao criar o projeto que futuramente daria origem ao Código Penal da Primeira República não era ampliar o rol de pessoas abarcadas pela inimputabilidade, mas sim restringir ao máximo. Ocorre que a redação do parágrafo 4º do artigo 27 não só generalizou todas as formas de loucura, como também incluiria qualquer pessoa que não fosse capaz de agir com livre-arbítrio, como os sonâmbulos, casos de embriaguez completa, hipnose, dentre outros (PERES e FILHO, 2002, p. 340).

As falhas apresentadas no procedimento de identificação dos inimputáveis trouxe insatisfações para os magistrados, com base no grande número de absolvições baseadas na inimputabilidade.

Juntamente a isto, o movimento alienista se manifestava contra a internação dos loucos criminosos em asilos de alienados, alegando que seria prejudicial para o tratamento de pessoas não criminosas. Ainda, já nesta época era considerada a criação de uma instituição exclusiva para o encaminhamento de criminosos loucos, o que no futuro seriam os manicômios penais.

Assim, surgiu a necessidade de se criar uma instituição específica para o tratamento deste público seletivo. Em dezembro de 1903, o Decreto nº 132 proibiu a internação de alienados em cadeias públicas ou juntamente com criminosos comuns, forçando a criação de uma ala especializada no Hospital D. Pedro II para o tratamento destas pessoas, chamada “seção Lombroso” (VIANA e SOUZA, 2012, p. 169). Apenas em 1921 foi criado o primeiro Manicômio Judicial, na cidade do Rio de Janeiro.

Ainda em 1903, foi criado o Hospital Colônia de Barbacena, uma das sete grandes instituições psiquiátricas no Brasil. Este hospital tornou-se particularmente famoso posteriormente pela publicação do livro *Holocausto brasileiro*, em 2013, por Daniela Arbex.

Relevante é a menção a esta obra por tentar descrever com detalhes a situação precária dos internados nesta instituição. Ao utilizar a estrutura de narrativa, Daniela Arbex aponta as condições degradantes que estes pacientes enfrentavam para sobreviver.

Marlene iniciava agora a lavagem de toda a ala, na tentativa de desinfetar o chão impregnado pelo cheiro de fezes e urina não só humanas, mas também dos ratos que dividiam o espaço com os pacientes do Colônia, considerado o maior hospício do Brasil. Ao esfregar a vassoura contra o piso, a jovem viu o emprego dos sonhos

transformar-se em pesadelo. Começara a trabalhar num campo de concentração travestido de hospital. Apesar de estar tomada pela indignação, sentiu-se impotente diante da instituição tradicional que mantinha, com o apoio da Igreja Católica, as portas abertas desde 1903. (ARBEX, 2013, p. 20-21)

Ademais, reafirmando o que já havia sido constatado por Foucault em a *História da Loucura*, Daniela Arbex pode presenciar a seletividade, ou a falta desta, aplicada pelo Hospital de Barbacena ao internar seus pacientes. Afirma (ARBEX, 2013, p. 21) que:

Desde o início do século XX, a falta de critério médico para as internações era rotina no lugar onde se padronizava tudo, inclusive os diagnósticos. Maria de Jesus, brasileira de apenas vinte e três anos, teve o Colônia como destino, em 1911, porque apresentava tristeza como sintoma. Assim como ela, a estimativa é que 70% dos atendidos não sofressem de doença mental. Apenas eram diferentes ou ameaçavam a ordem pública. Por isso, o Colônia tornou-se destino de desafetos, homossexuais, militantes políticos, mães solteiras, alcoolistas, mendigos, negros, pobres, pessoas sem documentos e todos os tipos de indesejados, inclusive os chamados insanos. A teoria eugenista, que sustentava a ideia de limpeza social, fortalecia o hospital e justificava seus abusos. Livrar a sociedade da escória, desfazendo-se dela, de preferência em local que a vista não pudesse alcançar.

Outro ponto relevante acerca do Código Penal da República era que, em se tratando de uma situação envolvendo criminalidade, independentemente do autor ser inimputável, esta situação estaria a cargo da magistratura e não da medicina, de forma que a opinião do perito era totalmente não vinculante quando se tratava da decisão do juiz.

O procedimento disposto no artigo 29 tinha como base a periculosidade do indivíduo, elemento este que seria jurídico e não médico. Neste ponto, observa-se a influência da escola penal positiva de Lombroso, utilizando a periculosidade como elemento central para a definição da pena e da prevenção criminal.

As mutações da teoria penal no final do século XIX e início do século XX foram responsáveis por mais uma modificação na legislação penal brasileira, surgindo, assim, o Código Penal de 1940, o mesmo código que utilizamos até os dias atuais com algumas modificações.

Neste código, a definição de crime não está mais relacionada a imputabilidade do agente, conforme artigo 1º, do Código Penal de 1940⁷, não eximindo o inimputável de ter cometido um crime simplesmente pelo fato dele não possuir culpa.

Alguns pontos merecem destaque neste novo código. O primeiro destaque seria a contradição eminente existente no procedimento acusatório. A princípio, fica evidente que o Código de 1940 pautava-se na noção de livre-arbítrio da doutrina clássica, todavia, com relação aos inimputáveis por doença mental, o tratamento era (e ainda é) pautado no determinismo biológico da escola positiva.

O próximo ponto digno de destaque relaciona-se ao novo critério adotado pelo Código Penal para classificação do criminoso como imputável. O critério biopsicológico possui duas frentes: a primeira estaria atrelada a um momento intelectual, relacionado a capacidade de entendimento da pessoa, e a um momento volitivo, relacionado a sua capacidade de se auto determinar (PERES e FILHO, 2002, p. 343).

Afirma (PERES E FILHO, 2002, p. 343), citando Hungria e Fragoso (1978, p. 324-5), que apenas a ausência de um dos momentos, volitivo ou intelectual, bastaria para a caracterização de alguém como inimputável no caso de doença mental.

Desta forma, no novo código, a inimputabilidade está diretamente relacionada com a culpabilidade, de forma que o crime existe, mas não pode ser atrelado ao sujeito. Sendo a culpabilidade uma das condições para a imposição da pena, então este sujeito não pode ser apenado.

⁷ Art 1. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Art 22. É isento de pena o agente que, por doença mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com o entendimento.

Parágrafo único: A pena pode ser diminuída de 1/3 a 2/3, se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Sendo assim, estaria o sujeito fora do âmbito das sanções penais? Sim e não, pois o Código Penal de 1940 inovou ao introduzir a medida de segurança em seu artigo 76⁸. Esta seria a ferramenta necessária para o direito penal lidar com os criminosos irresponsáveis ou “semi-responsáveis”, corrigindo a brecha que havia no Código Penal de 1890 no qual os loucos criminosos ficavam a cargo da Assistência de Alienados.

Contudo, esta medida não foi criada no Brasil, tendo surgido na Europa devido às influências dos ideais biodeterministas de Lombroso. Para os adeptos da Escola Positiva, a pena não deveria mais ser considerada uma punição, mas sim uma prevenção criminal para atingir a defesa social, logo, o critério mais correto a ser utilizado era a periculosidade do indivíduo, que seria avaliada por meio de exames de sua personalidade. Assim, poderia ser avaliada a periculosidade do indivíduo antes mesmo dele cometer um crime.

Contudo, tal posicionamento não foi aceito pelos juristas adeptos a escola clássica no Brasil, por ser incompatível com o direito de punir e também deixar espaço para arbitrariedades no sistema penal. Todavia, o único grupo “digno” de ter seu tratamento penal guiado pela periculosidade nas medidas de segurança foi o dos criminosos loucos.

Isto ocorre porque é necessário garantir que os irresponsáveis ou semi-responsáveis sejam não só reabilitados por meio do tratamento, como também segregados da sociedade para impedir que venham a transgredir novamente, até que estejam aptos a conviver. Esta configura uma medida preventiva diferente da pena que é uma medida repressiva, fundada na culpabilidade do agente e imposta a um fato concreto e passado, conforme a sua gravidade (PERES e FILHO, 2002, p. 346).

A pena olha, simultaneamente para o passado e para o futuro; a medida de segurança olha somente para o futuro. Para uma, o crime acontecido é fundamento necessário e

⁸ Art. 76. A aplicação da medida de segurança pressupõe:

I — a prática do fato previsto como crime; II — a periculosidade do agente.

Art. 77. Quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o indivíduo, se a sua personalidade e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizam a suposição que venha ou torne a delinquir.

Art. 78. Presumem-se perigosos:

I — aqueles que, nos termos do art. 22, são isentos de pena;
II- os referidos no parágrafo único do artigo 22

suficiente; para outra, é apenas ocasião, pois seu fundamento transcende o crime, para legitimar-se com a periculosidade do seu autor. Para a incidência na pena, basta o crime, pois somente na medida de seu quantum é que se tem em conta a pessoa do criminoso. Para a medida de segurança, o crime é apenas um eventual sintoma ou indício de ‘estado perigoso’ individual que é a sua condição sine qua non (PERES e FILHO, 2002, p. 346).

Assim, o crime não é a finalidade para a medida de segurança, mas sim um meio para se avaliar o estado perigoso do indivíduo. Como o “estado perigoso” não tem duração exata, a medida de segurança também foi criada sem limite de duração, de acordo com artigo 91 do Código Penal de 1940⁹, justamente para ser aplicada até o momento em que há cessação deste estado.

Apesar do seu caráter preventivo não relacionado ao crime, a medida de segurança ainda guarda relação com o ato criminoso, pois o tempo mínimo estipulado no artigo 91 do Código Penal estava diretamente vinculado a pena cominada ao crime cometido.

Ato contínuo, conforme afirmado anteriormente, o Código Penal de 1940 é o mesmo código utilizado nos dias atuais, tendo apenas sofrido algumas modificações pela Lei nº 7.209 de 1984. Atualmente, a medida de segurança está disposta nos artigos 96 até 99 do atual Código Penal.¹⁰

⁹ Art. 91. O agente isento de pena, nos termos do artigo 22, é internado em manicômio judiciário.

§ 1. A duração da internação é, no mínimo: I — de seis anos, se a lei comina ao crime pena de reclusão não inferior, no mínimo, a 12 anos; II — de três anos, se a lei comina ao crime pena de reclusão não inferior, no mínimo, a oito anos; III — de dois anos, se a pena privativa de liberdade, cominada ao crime, é, no mínimo, de um ano; IV — de um ano nos outros casos. § 2. Na hipótese do no IV, o juiz pode submeter o indivíduo apenas a liberdade vigiada. § 4. Cessa a internação por despacho do juiz, após perícia médica, ouvidos o Ministério Público e o diretor do estabelecimento. § 5. Durante um ano depois de cessada a internação, o indivíduo fica submetido a liberdade vigiada, devendo ser de novo internado se seu procedimento revela que persiste a periculosidade. Em caso contrário, encontra-se extinta a medida de segurança.

¹⁰Art. 96. As medidas de segurança são: I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; II - sujeição a tratamento ambulatorial. Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. § 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. § 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução. § 3º - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade. § 4º - Em

Em relação as características atuais da medida de segurança, observa-se que pouco mudou neste instituto. Apesar de não mais existir um critério temporal relacionado ao crime cometido, ainda temos a estipulação de um prazo mínimo, sem uma especificação legislativa do prazo máximo que o infrator passará internado.

Há, todavia, um entendimento jurisprudencial no sentido de limitar o prazo máximo da medida de segurança. De acordo com a Súmula 527 do STJ, a medida de segurança não pode ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado¹¹. Já o STF possui um entendimento diferente, no sentido de que a medida de segurança deve obedecer ao limite máximo constitucional previsto no artigo 75 do Código Penal, ou seja, trinta anos¹².

Apesar de ambos os entendimentos serem benéficos no sentido de estabelecer um limite temporal máximo para a medida de segurança, nenhum dos dois foi convertido em lei de forma a atualizar o artigo 97 do Código Penal, dando margem para tribunais ainda respeitarem o critério indeterminado do artigo.

E pior, o critério adotado pelo STF pode levar uma pessoa que cometeu um furto, crime de pena máxima de um a quatro anos, ficar recluso em medida de segurança em até 30 anos, havendo uma clara falta de proporcionalidade entre delito e punição.

Outra característica do atual Código Penal que ainda persiste é a utilização do critério da periculosidade para a imputação da medida de segurança. Uma vez que o infrator está

qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos.

Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

Art. 99 - O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento.

¹¹ BRASIL Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 527**. O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. Julgado em 13/05/201.

¹²BRASIL. STF. Habeas Corpus: HC 107432 RS. Relator: RICARDO LEWANDOWSKI. DJ: 24/05/11. **JusBrasil**, 2011.

BRASIL. STF. Habeas Corpus: HC 97621 RS. Relator: CEZAR PELUSO. DJ: 02/06/09. **JusBrasil**, 2009.

cumprindo a medida, ele apenas terá seu livramento condicional (artigo 710, inciso II, Código de Processo Penal)¹³ após a perícia médico-psiquiátrica atestar a cessação de sua periculosidade. Para isto, o infrator não poderá ter nenhum tipo de intercorrência durante o termo final da medida aplicada. Caso contrário, permanecerá cumprindo a medida de segurança até que cesse seu estado “perigoso”, ou o limite máximo de tempo seja atingido, seja ele qual for.

Todavia, com o surgimento da Constituição Federal de 1988, imbuída de seus princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e do direito ao atendimento integral de saúde, passou-se a questionar o modelo atual de tratamento da saúde mental.

Com isso, em 6 de abril de 2001, foi sancionada a Lei nº 10.216, conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica, que visava implantar um novo modelo de assistência à saúde mental, enfatizando a inserção destas pessoas na sociedade e não a sua exclusão.

Além disso, com o surgimento da Lei nº 9.099, de 1995, crimes de pena máxima não superiores a 2 anos são considerados como de menor potencial ofensivo, logo, a punição atribuída não é mais a pena, e sim as medidas despenalizadoras. Entretanto, este benefício não é aplicado ao infrator portador de doença mental, demonstrando mais uma vez a urgente necessidade em se adequar a estrutura da medida de segurança aos novos moldes da Constituição Federal.

Assim, dado todo este contexto de desigualdade presente no tratamento jurídico do infrator com distúrbio mental, foi necessário modificações no sistema de saúde pública através da inauguração da Política Nacional de Saúde Mental por meio da Lei 10.216, de 2001.

O objetivo desta política é a reabilitação psicossocial de pessoas com sofrimentos mentais, por meio da promoção de uma rede comunitária de cuidados, através dos Centros de

¹³ Art. 710. O livramento condicional poderá ser concedido ao condenado a pena privativa da liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que se verifiquem as condições seguintes: [...] II - ausência ou cessação de periculosidade;

Atenção Psicossociais – CAPS, e a redução da institucionalização do paciente (SOUZA e VIANA, 2012, p. 171).

Ocorre que tais medidas não são aplicáveis aos infratores doentes mentais, pois os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátricos fazem parte do sistema penitenciário, e não do Sistema Único de Saúde. Logo, os serviços ofertados pelo Programa de Reestruturação da Assistência Psiquiátrica Hospitalar, como os CAPS ou as residências terapêuticas, não são oferecidos a este público seletivo de infratores.

E mesmo estando à cargo do sistema penitenciário, se ao menos a legislação penal fosse modificada conforme os princípios constitucionais básicos e também observando as disposições legais apresentadas pela lei da reforma psiquiátrica, poderia haver melhorias.

De fato, houve melhoras, como o oferecimento do tratamento ambulatorial em vez do internamento (art. 96, Código Penal), ou como a modificação da jurisprudência ao tentar estabelecer um limite máximo para a medida de segurança, seja o limite constitucional ou seja o limite máximo estabelecido para pena do delito praticado.

Contudo, tais melhoras ainda não mudam o fato de o Código Penal tratar do infrator doente mental de forma reducionista ao tentar estabelecer um nexo de causalidade entre o crime cometido e o estado mental da pessoa, por meio do critério biopsicológico.

Assim, apesar do avanço no quesito de reintegração da pessoa com sofrimento psíquico à sociedade, basta que esta pessoa cometa um ato criminoso para que ela deixe de ser tratada por um viés humanizado e passe a ser tratada pelo viés da periculosidade.

5. CONSTRUÇÃO DO IDEAL DE PERICULOSIDADE NA LOUCURA

O critério da periculosidade no Direito Penal, como já foi observado aqui, surgiu juntamente com a Escola Positiva do Direito Penal. O primeiro jurista a esboçar a ideia de periculosidade foi Garófalo, em 1878. De acordo com (MECLER, 2010, p. 71),

Este autor argumentava que, se as sanções têm de constituir um meio de prevenção, deveriam ser adaptadas não apenas à gravidade do delito ou ao dever violado, mas à “temibilidade” do agente. Definiu “temibilidade” como “*a perversividade constante e ativa do delinquente e a quantidade de mal previsto que se deve temer por arte do mesmo*”.

Assim, criou-se a União Internacional de Direito Penal (IUDP) em 1880, responsável por propagar como fundamento da pena a defesa social, além de ter sido espaço de grandes debates acerca da definição legal do conceito de periculosidade e de seus critérios de aferição.

De acordo com Mecler o Congresso Internacional da UIDP em Copenhague, realizado em 1913, definiu uma categoria de indivíduos considerados perigosos, sendo estes: “1o) os reincidentes; 2o) os alcoólicos e deficientes de qualquer espécie; 3o) os mendigos e vagabundos” (grifo) (MECLER, 2010, p. 71).

Com a introdução de novos conceitos e parâmetros trazidos pela escola positiva, o crime passa a ser analisado sob um ponto de vista médico, psicológico e sociológico, não mais como uma questão moral.

Nesta linha, foi criado o Código Penal brasileiro de 1940, inicialmente composto por duas reações penais de naturezas distintas que poderiam atingir os imputáveis: existiam penas de caráter retributivo, sendo aplicadas conforme a gravidade do ato da pessoa e seu grau de culpa; e a medida de segurança que se baseava no grau de periculosidade do acusado.

Segundo Mecler, a medida de segurança possuiria um caráter preventivo, objetivando uma dupla finalidade “a defesa social, segregando os considerados perigosos, e o tratamento destes indivíduos, com o objetivo de anular sua periculosidade” (MECLER, 2010, p. 73).

Assim, de acordo com Mecler, o Código Penal de 1940, em sua exposição de motivos nº 5 apresenta o seguinte:

5. É notório que as medidas puramente repressivas e propriamente penais se revelaram insuficientes na luta contra a criminalidade, em particular contra as suas formas habituais. Ao lado disto, existe a criminalidade dos doentes mentais perigosos. Estes, isentos de pena, não eram submetidos a nenhuma medida de segurança ou custódia senão nos casos de imediata periculosidade. Para corrigir a anomalia, foram instituídas, ao lado das penas, que têm finalidade repressiva e intimidante, as medidas de segurança. Estas, embora aplicáveis em regra post delictum, são essencialmente preventivas, destinadas à segregação, vigilância, reeducação e tratamento dos indivíduos perigosos, ainda que moralmente irresponsáveis (MECLER, 2010, p. 73).

Apesar de pena e medida de segurança serem institutos distintos, afirma (PERES e FILHO, 2002, p. 349) que a periculosidade também foi usada como uma ferramenta central para a aplicação da pena. Contudo, afirmam citando (HUGRIA e FRAGOSO, 1978, p. 27-28) que:

É certo que os critérios de orientação na medida da pena são essencialmente os mesmos indicados para averiguação da periculosidade; mas, no cálculo da pena, o que se tem a investigar é a capacidade de delinquir, que, se tem notas em comum com a periculosidade, não se confunde com esta.

Ao explicar a diferença existente entre periculosidade e capacidade de delinquir, (PERES e FILHO, 2002, p. 349, apud HUGRIA e FRAGOSO, 1978, p. 27-28) resumem as diferenças a um critério temporal, de forma que a capacidade de delinquir está ligada a um fato concreto já ocorrido (o ato criminoso), enquanto a periculosidade está relacionada com a probabilidade desta pessoa voltar a delinquir futuramente.

Apesar de haver brechas no Código de 1940 para a autoderminação e liberdade quando se trata de uma conduta criminosa, este mesmo Código presumia em lei a periculosidade dos deficientes mentais, não levando em conta a sua vivência durante o processo penal.

Assim, (PERES e FILHO, 2002, p. 350) ousam afirmar que nestes casos de periculosidade presumida em lei não seria necessária sequer a prática de um ato delituoso para a aplicação da medida de segurança, bastaria a ocorrência de “quase-crimes” para apontar indícios de periculosidade neste sujeito.

Outro fato abordado por (PERES e FILHO, 2002, p. 351) foi a correlação criada entre a personalidade do delinquente, o tipo e a motivação do crime. De acordo com os autores, o grau de periculosidade seria maior, ou seja, a pessoa seria mais perigosa quando a personalidade do agente correspondesse ao crime cometido. Logo, maior seria a chance de o autor volta a delinquir.

Contudo, quando são observados os crimes ilógicos e irracionais cometidos por pessoas com anomalias psíquicas, estes deveriam ser considerados de baixíssima periculosidade, já que os criminosos com alto grau de periculosidade seriam aqueles que cometeram crimes lógicos.

O que não ocorre quando se tem a periculosidade presumida em lei para determinado grupo de pessoas. Aqui, a doença torna-se o principal motivo gerador de periculosidade.

Posteriormente, com a promulgação e revisão da parte geral do Código Penal de 1984, a medida de segurança foi dispensada para os imputáveis, acabando com o sistema do duplo binário. Contudo, conforme observado pela (MECLER, 2010, p. 74), todo ideal de periculosidade presumida que era direcionada para a medida de segurança, agora é aplicada somente aos inimputáveis, reforçando a ideia de que eles são necessariamente perigosos.

Desta forma, o tratamento oferecido pelo Direito reforça o estereótipo evidente de que a pessoa portadora de doença mental é eminentemente perigosa, justificando a sua exclusão e afastamento da sociedade em um Hospital de Custódia. A periculosidade é intrínseca ao sujeito e não um reflexo de um ato criminoso.

Neste sentido, faz-se relevante a pesquisa empírica realizada por Mecler, ao analisar os laudos dos exames de cessação de periculosidade emitidos pela perícia médica nos Hospitais de custódia. Conforme apresentado pela autora,

A análise dos laudos resultante da grade de critérios adotada indicou que em linhas gerais os critérios mais utilizados na avaliação de periculosidade foram a presença ou ausência de sintomatologia produtiva e negativa, o comportamento do periciado na instituição, e a existência ou não de apoio sócio-familiar (MECLER, 2010, p. 77).

Isto indica que no contexto em que esta pesquisa foi realizada, era mais relevante analisar um avanço ou retrocesso da condição social/psíquica do periciado do que o seu

contexto criminal. Isto reforça a ideia de que a periculosidade está associada a doença mental e não ao crime cometido.

Ainda, afirma (MECLER, 2010, p. 80) em meio as suas entrevistas que

Neste caso, a periculosidade do doente mental reside no fato dele ser alguém que perdeu a razão e que jamais a recuperará de forma absoluta. Ele é portador de um defeito incorrigível, passível até de ser amenizado, mas absolutamente incorrigível; e por isso mesmo capaz de levá-lo à reincidência.

Com base neste raciocínio desenvolvido ao longo de seu estudo, é possível compreender a lógica por de trás da necessidade de se obter um avanço positivo na condição clínica do internado para que ele possa sair do Hospital de Custódia.

Se o portador de uma doença mental não apresenta uma evolução no seu quadro clínico, e este quadro faz dele perigoso, não existe outra solução a não ser a exclusão deste indivíduo da sociedade, voltando à lógica desenvolvida na Idade Clássica.

Ainda, aponta em sua pesquisa que um dos principais fatores que contribui para a liberação do internado é o apoio sócio-familiar que o mesmo terá ao sair do Hospital de Custódia, de forma que a ausência desse apoio, muitas vezes, levava a perpetuidade da medida de segurança. (MECLER, 2010, p. 80-81).

Isto indica que a preocupação maior do Estado ao lidar com pessoas portadoras de algum sofrimento psíquico não é seu tratamento, mas sim garantir que ela fique constantemente sob tutela, seja da família, seja do Estado, para evitar algum episódio que a aflore a sua periculosidade. Por isso as medidas de segurança são consideradas preventivas.

5.1. Transtornos mentais e o Direito hoje

Após a análise de todo o histórico do tratamento penal concedido ao louco infrator, observando as evoluções e retrocessos na legislação penal, cabe, ainda, ressaltar outros pontos de comunicação com esta matéria.

O primeiro deles seria a recente promulgação da Lei nº 13.840, de 05 de junho de 2019, que permite a internação compulsória de dependentes químicos. Tal lei inovou ao permitir a internação involuntária apenas com o aval de um médico, de acordo com o artigo 23-A da Lei nº 13.840/2019¹⁴, a pedido da família, representante legal, servidor da área da saúde, assistência social ou de órgãos integrantes do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad).

Anteriormente, a internação de dependentes químicos era regida pela Lei 10.216, de 2001 (Lei da Reforma Psiquiátrica), tendo em vista o fato de que a dependência química é considerada um transtorno mental conforme a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID-10)¹⁵.

Neste sentido, a Lei da Reforma Psiquiátrica introduziu três modalidades de internação¹⁶: voluntária – aquela advinda da vontade do paciente -, involuntária – aquela sem

¹⁴ Art. 23-A. [...] § 3º São considerados 2 (dois) tipos de internação: I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do dependente de drogas; II - internação involuntária: aquela que se dá, sem o consentimento do dependente, a pedido de familiar ou do responsável legal ou, na absoluta falta deste, de servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do Sisnad, com exceção de servidores da área de segurança pública, que constate a existência de motivos que justifiquem a medida. § 4º A internação voluntária: I - deverá ser precedida de declaração escrita da pessoa solicitante de que optou por este regime de tratamento; II - seu término dar-se-á por determinação do médico responsável ou por solicitação escrita da pessoa que deseja interromper o tratamento. § 5º A internação involuntária: I - deve ser realizada após a formalização da decisão por médico responsável; II - será indicada depois da avaliação sobre o tipo de droga utilizada, o padrão de uso e na hipótese comprovada da impossibilidade de utilização de outras alternativas terapêuticas previstas na rede de atenção à saúde; III - perdurará apenas pelo tempo necessário à desintoxicação, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, tendo seu término determinado pelo médico responsável; IV - a família ou o representante legal poderá, a qualquer tempo, requerer ao médico a interrupção do tratamento. § 6º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. § 7º Todas as internações e altas de que trata esta Lei deverão ser informadas, em, no máximo, de 72 (setenta e duas) horas, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e a outros órgãos de fiscalização, por meio de sistema informatizado único, na forma do regulamento desta Lei. § 8º É garantido o sigilo das informações disponíveis no sistema referido no § 7º e o acesso será permitido apenas às pessoas autorizadas a conhecê-las, sob pena de responsabilidade. § 9º É vedada a realização de qualquer modalidade de internação nas comunidades terapêuticas acolhedoras. § 10. O planejamento e a execução do projeto terapêutico individual deverão observar, no que couber, o previsto na [Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001](#), que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

¹⁵ F19 - Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de múltiplas drogas e ao uso de outras substâncias psicoativas. **Medicina Net**. [S.I]. Não paginação.

¹⁶ Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica: I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

consentimento do paciente, mas solicitada por terceiro – e a compulsória – aquela proveniente de determinação judicial.

Observa-se, assim, que a internação compulsória do dependente químico, que antes ocorria apenas por meio de determinação judicial, agora poderá ocorrer apenas com o aval de um médico, facilitando o procedimento de reclusão destas pessoas.

Importe ressaltar que, apesar de não ser um conhecimento popular de que o usuário de drogas é classificado como um doente mental, ele também sofre da mesma resposta segregacionista e preconceituosa por parte da sociedade, estando dentro da mesma lógica de exclusão aplicada ao louco infrator. Inclusive, há uma constante associação popular entre o elevado consumo de drogas e a criminalidade, aproximando o personagem do usuário de drogas ao louco infrator, do ponto de vista popular.

Unindo esta aproximação desses personagens com a recente promulgação da Lei nº 13.840, nota-se um retrocesso na legislação penal, pois a tendência, de acordo com a Reforma Psiquiátrica, era a desinternação destas pessoas e o desencorajamento da manutenção de instituições asilares.

É certo que a Lei nº 13.840 estipula um período máximo para a internação compulsória do usuário de 90 (noventa) dias ¹⁷, diferente da legislação penal que apenas se baseia em disposições jurisprudenciais não consensuais do STF e STJ.

Todavia, não se pode negar que a internação compulsória do usuário de drogas e a internação compulsória do louco infrator por meio de medida de segurança guardam muitas semelhanças no que tange a vontade popular de segregar essas pessoas do restante da sociedade.

Assim, facilitar a internação compulsória de dependentes químicos não abre bons precedentes para a situação do infrator com transtornos mentais.

¹⁷ Art. 23-A. [...] § 5º A internação involuntária: [...] III - perdurará apenas pelo tempo necessário à desintoxicação, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, tendo seu término determinado pelo médico responsável;

Outra recente atualização na legislação brasileira, desta vez que representa um progresso no que concerne às pessoas portadoras de transtornos mentais, é a Lei 13.146/2015, responsável por inaugurar o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Este estatuto foi responsável por realizar diversas modificações na legislação civil no que tange o capítulo das capacidades. Anteriormente, o artigo 3º, inciso II apresentava como causa para a incapacidade absoluta a ausência de discernimento para a prática de atos da vida civil por doença mental¹⁸.

Tal dispositivo restringia diversos direitos civis da pessoa portadora de transtornos mentais em razão delas serem classificadas como absolutamente incapazes. Alguns exemplos de restrições estão presentes nos artigos 166, I; 171, I; 198, I; 208; 543; 928, CC/2002¹⁹.

Contudo, o novo Estatuto da Pessoa com Deficiência permitiu, em seu artigo 6º²⁰, que qualquer forma de deficiência fosse retirada do rol das incapacidades absolutas, garantindo o acesso aos direitos antes restringidos pelo próprio Código Civil.

A criação deste estatuto deu-se em razão da Convenção Internacional Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, assinada em Nova York, em 30 de março de 2007, a qual apresentou o conceito mais contemporâneo para classificar a pessoa com deficiência²¹.

¹⁸ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos; II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

¹⁹ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º; Art. 208. Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I. Art. 543. Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura. Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

²⁰ Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

²¹ Art. 1º (...) Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Assim, a Lei 13.146/2015 buscou efetivar a inclusão social da pessoa com deficiência, pautando-se no Princípio da Isonomia e no Princípio da Máxima Dignidade da Pessoa Humana, que tem como metas a proteção física, psíquica e proteção do patrimônio mínimo.

Visto estas recentes atualizações na legislação brasileira, é possível observar algumas contradições. Inicialmente, em um cenário em que a sociedade brasileira está progredindo para estabelecer um tratamento mais isonômico com relação às pessoas portadoras de transtornos mentais, é de se questionar o porquê da internação compulsória de usuários de drogas, pessoas estas que se encontram em situação de vulnerabilidade já que também sofrem de um transtorno mental.

Ademais, o atual Código Civil não mais classifica os “os que, por **enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos**” (grifo próprio) como absolutamente incapazes, no entanto, o Código Penal ainda imputa a medida de segurança baseada na periculosidade ao “o agente que, **por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado**, era, ao tempo da ação ou da omissão, **inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento**” (grifo próprio).

Assim, é evidente as incoerências apresentadas entre a legislação que regula a vida civil dos indivíduos e as legislações que, de alguma forma, regulam comportamentos desviantes, como o Código Penal e a Lei nº 13.840/2019. Demonstrando, desta forma, que, em se tratando de uma situação de delinquência, o Direito não despende esforços para promover a ressocialização devida destas pessoas em situação de vulnerabilidade.

6. CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo realizar uma análise crítica acerca da resposta estatal aos casos de crimes cometidos por inimputáveis por transtornos mentais, de forma a evidenciar que a medida de segurança, nos moldes apresentados hoje, pode não ser a melhor resposta para estas situações.

A medida de segurança, apesar de seus avanços, ainda contempla muitas falhas e é incapaz de acompanhar o panorama político e social com relação ao tratamento oferecidos àqueles que sofrem de algum transtorno mental.

O primeiro aspecto negativo, e também o mais grave, é a presunção legal da periculosidade para estas pessoas. Criar uma resposta penal que gira em torno de uma falsa presunção não é eficaz e justificável em nenhuma hipótese.

A sociedade como o todo, e o Direito como consequência, não podem assumir que a ausência de capacidade para agir por conta de um transtorno mental equivale a possuir um alto índice de periculosidade.

O segundo aspecto negativo é o método aplicado pelo Código Penal. Em uma sociedade que se desenvolve para promover a inclusão de pessoas desiguais, com o marco da Reforma Psiquiátrica ou o Estatuto da Pessoa com Deficiência, é inconcebível a utilização da internação como método preventivo para a maior parte dos crimes descritos no Código Penal quando praticados por inimputáveis.

Assim, a inércia da Legislação Penal ou até mesmo a promulgação de leis retrógradas, como a Lei nº 13.840/2019, são extremamente problemáticas e impedem que a legislação penal evolua no mesmo ritmo das demais legislações.

Apesar de todas as evidências apresentadas neste texto, a modificação da legislação penal para se adequar às evoluções que tangenciam o tema da inimputabilidade por transtornos mentais é complexa, de forma que apenas uma pesquisa no âmbito da graduação não é o suficiente para encontrar uma solução para este problema.

Contudo, se o sistema penal for capaz apenas de redirecionar o seu olhar para garantir um tratamento isonômico para este grupo de inimputáveis, de forma que respeite suas

diferenças e proponha a sua ressocialização junto à sociedade, já seria um grande primeiro passo.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Marcos César. **Bacharéis, Criminologistas e Juristas: saber jurídico e nova escola penal no Brasil (1889-1930)**. São Paulo : IBCCRIM, p. 1-276. 1996.

ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro. Vida, genocídio, e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil**. São Paulo. Geração Editorial, 2013.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª edição. Rio de Janeiro. Revan, 2013.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2ª edição. Rio de Janeiro. Revan, 2015.

BRASIL. STF. Habeas Corpus: HC 107432 RS. Relator: RICARDO LEWANDOWSKI. DJ: 24/05/11. **JusBrasil**, 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19730295/habeas-corpus-hc-107432-rs>>. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. STF. Habeas Corpus: HC 97621 RS. Relator: CEZAR PELUSO. DJ: 02/06/09. **JusBrasil**, 2009. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4344434/habeas-corpus-hc-97621-rs>>. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Institui o Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 527**. O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. Julgado em 13/05/201. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27527%27>>. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 7209, de 11 de julho de 1984. **Altera dispositivos do DecretoLei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências**. Diário Oficial da União - Seção 1 – 13 jul. 1984. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-publicacaooriginal-148882-pl.html>>. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. 16 de dezembro de 1830. **Institui o Código Penal de 1830**. [S.I.]. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. **Institui o Código Penal de 1890**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Diário Oficial da União - Seção 1 - 07/07/2015. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13146-6-julho-2015-781174-publicacaooriginal-147468-pl.html>>. Acesso em 18 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.840, de 05 de junho de 2019. **Altera a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, para tratar do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas**. Diário Oficial da União - Seção 1 - 06/06/2019. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13146-6-julho-2015-781174-publicacaooriginal-147468-pl.html>>. Acesso em 18 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001. **Lei da Reforma Psiquiátrica**. Diário Oficial da União - Seção 1 - 09/04/2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm>. Acesso em 18 out. 2020.

FOUCAULT, Michel. **História da Loucura**. Trad. José Teixeira Coelho Netto, São Paulo. Perspectiva. 1972.

F19 - Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de múltiplas drogas e ao uso de outras substâncias psicoativas. **Medicina Net**. [S.I.]. Não paginação. Disponível em: <https://www.medicinanet.com.br/cid10/1520/f19_transtornos_mentais_e_comportamentais_devidos_ao_uso_de_multiplas_drogas_e_ao_uso_de_outras_substancias psicoativas.htm?mobile=off>. Acesso em: 18 out. 2020.

MACHADO, Maíra Rocha. A pessoa-objeto da intervenção penal: primeiras notas sobre a recepção da criminologia positivista no Brasil. **Revista Direito FGV**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 79-90. São Paulo mai. 2005. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/pessoa-objeto-intervencao-penal-primeiras-notas-sobre-recepcao-criminolog>. Acesso em: 18 out. 2020.

MECLER, Kátia. Periculosidade: Evolução e aplicação do conceito. **Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano**. 20(1): 70-82. Rio de Janeiro. 2010. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822010000100010. Acesso em: 18 out. 2020.

PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY FILHO, Antônio. **A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança**. História, Ciências, Saúde — Manguinhos, Rio de Janeiro, vol. 9(2):335-55, Março/Agosto. 2002.

VIANA, Itana, SOUZA; Luis Eugenio. **Como são tratados os doentes mentais? Periculosidade, medida de segurança e reforma psiquiátrica**. São Paulo. RDisan, v.12, n.3, p. 161-176. Nov.2011/Fev.2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 8 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ZANELLO, Valeska; Macedo Pinheiro da Fonseca, Gabriela; Romero, Ana Carolina. **Entrevistas de Evolução Psiquiátricas: entre a "Doença Mental" e a Medicalização Mental**. vol. IX, núm. 17, pp. 621-640. Barbacena. Universidade Presidente Antônio Carlos. Julho/dezembro, 2011.